

2016

3

总第 741 期

上海律师

SHANGHAI LAWYER



上海市律师协会主办

律政佳人齐欢聚
春华秋实同分享

○ 律师服务之甲方乙方

○ 律师们的公益：
从帮助别人到温暖自己



《上海律师》月刊



编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话: 021-64030000

传 真: 021-64185837

投稿邮箱: E-mail:tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址 (东方律师网)

www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证 (K 第 272 号)

主 管

上海市司法局

主 办

上海市律师协会

编 辑

《上海律师》编辑部

编辑委员会主任

俞卫锋

副 主 任

周天平 管建军 邹甫文 王 嵘

潘书鸿 吕 琰 钱翎樑 陈 东

编 委 会

岳雪飞 计时俊 马晨光 叶 萍 田庭峰

朱小苏 李海歌 连晏杰 吴静静 周 忆

郇恒娟 施克强 顾跃进 葛珊南 严 嫣

主 编

邹甫文

副 主 编

黄荣楠 刘小禾 庄 燕

责任编辑

王凤梅

摄影记者

曹申星

美术编辑

高春光

编 务

许 倩

(内部资料 免费交流)

信仰的力量

文 | 邹甫文 (上海市律师协会 副会长)

总有一种力量，让我们抖擞精神、砥砺前行；总有一种力量，指引着我们走向诗和远方。这种力量就是法治的信仰。

诚如法学家伯尔曼所言：“法律必须被信仰，否则它将形同虚设。”律师对法律的信仰铸成法治的脊梁，法治也赋予律师巨大的精神力量，帮助我们越过寒冬、越过山川，迎来春华秋实。

30多年来，律师业伴随法治的脚步一路走来，铿锵有力。律师队伍从数量、质量、作用等多个方面都取得了巨大的进步，已成为我国全面依法治国的重要力量。

2015年，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部和司法部首次联合召开了全国律师工作会议，接着通过了《关于深化律师制度改革的意见》，又发布了《关于依法保障律师执业权利的规定》，预示了中国律师业又一个春天的到来。

杜兰特在《历史的教训》一书中写道，生物学给了人类历史三种启示：生命即是竞争，生命即是选择，生命必须繁衍。我发现，律师业自觉或不自觉地汲取了其中的真谛：律师正面临着时代的挑战，方向的选择，道路的探索。这种共鸣或许来自于和生命同样久远的信仰的力量。

我国职业律师从1979年的212人发展到今天的29.7万余人，从“筚路蓝缕以启山林”的律师开拓者到今天律师登上各种社会舞台，从律师个体价值的实现到律师群体形象的展现，或许有人可以列举许多内因与外因，但我以为最重要的是法治的信仰。

法治的信仰是一种原动力，在律师的心中发芽就会推动他们勇敢前行，在公务员身上生根则会不断推进依法行政，在民众的意识中结果则会培育出充满法治精神的社会。一个法治理想国，应该就是律师至高的追求吧。

法治的信仰是一种指引力。律师具有天然的商业属性并不断得到强化，这无可厚非，但法治信仰要求律师更应关注律师的法律属性、社会属性与政治属性。因为律师的职责是致力于维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会的公平与正义。有人把律师比做社会医生，专门医治社会矛盾的疾病，应当德技俱佳。

法治的信仰是一种创造力。不同历史时期的律师有鲜明的时代特色，这就需要律师进行与时代、使命相对应的法律服务的创新。信仰的精神力量能够推动今天的律师们，在经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态建设中不断发挥作用，拥抱这个法治的大时代。对上海的律师而言，更要结合上海特色，积极服务于“四个中心”建设，尤其是在自贸试验区改革中发挥其独特和专业的作用，为上海的持续繁荣作出应有的贡献。

法学家邓正来先生曾说：“不知道目的地，选择走哪条路或确定如何走某条路都是无甚意义的。”律师的航程，需要有灯塔指引方向，朝着未来的目的地，我们迎风破浪、直挂云帆，都因为有一种叫信仰的力量从未离开。

目录 contents



14

本期关注

- 4 律政佳人齐欢聚，春华秋实同分享 / 上海市女律师联谊会
- 10 律师服务之甲方乙方 / 陈业

聚焦

- 14 O2O 电商模式中的消费者权益保护 / 沈伟民
- 17 P2P 行业监管方向：剥下变相集资的“互金”外衣 / 蔡正华
- 21 “签赔”对赌，“链家”撩动了委托合同的两大根基 / 连晏杰

名家专栏

- 24 为什么是上海律师提出了“大所之问” / 刘桂明

律师公益

- 26 律师们的公益：从帮助别人到温暖自己 / 吕新



4

东方大律师

- 29 总会有下一座山峦 / 秦悦民

律所管理

- 32 金杜上海分所：中国式管理下的国际范 / 金杜律师事务所

法律咖吧

- 38 小区破墙与街区制的法律思考 / 许倩 整理

香港大律师之窗

- 47 境外公司、香港公司及破产法 / 香港德辅大律师事务所

新锐手记

- 50 我的执业关键词 / 于浩冉

律师实务

- 52 链家“首付贷”，简单禁止是否够了 / 陈鸣飞
56 小区内部道路公共化改造之法律探讨 / 吴燕华
60 合同视角下房产中介的义务与法律责任 / 张奎

贸仲专栏

- 62 巴西仲裁法律制度的最新发展





律政佳人齐欢聚 春华秋实同分享

——记2016上海市女律师联谊会会员大会
暨“春华秋实”女律师职业发展分享活动

■文图 | 上海市女律师联谊会

3月23日下午，在坐落于黄浦江畔浪漫而庄严的“玫瑰里”，“2016上海市女律师联谊会会员大会暨‘春华秋实’女律师职业发展分享活动”成功举行。本次大会由上海市女律师联谊会举办，上海市司法局副局长王协、上海市妇联副主席黄绮、上海市律师协会会长俞卫锋、上海市妇联发展联络部副部长黄志英、上海市司法局律管处副处长忻峰、上海市律师协会副秘书长陈东以及女法官协会、女检察官协会、女企业家协会、女老科技协会、各区县司法局、律工委、区县妇联等单位的多位领导、嘉宾与全市250余名女律师会员一起与会。本次会员大会内容丰富，形式多彩，共分为三个部分：2015年度工作总结和2016年计划、讲师聘任仪式及“春华秋实”职业发展分享活动，其间穿插的女律师职业装秀更是引发阵阵喝彩。

欢聚一堂

让我们一起从2015走向2016



大会由上海市女律联副会长韩璐主持。上海市女律联会长邹甫文首先上台，回顾了市女律联在2015年所做的工作。

（一）确定新一届市女律联的组织架构及分工，制定工作计划

通过建设宣传与交流部、业务提高和发展部、生活福利与青年律师工作部、专项工作部、参政议政部和区县工作部六个部门分工负责、协同合作的组织架构，有序高效地开展工作。

（二）开展特色活动，联情联谊联业

2015年，上海市女律联从女律师执业展业、身心健康、素质提升等方面，开展了一系列主题活动及沙龙，丰富了女律师的业余生活，舒缓了她们的工作压力，保障女律师们以更高的热情投入工作。

1. 汇聚多方人才，举办迎春晚会

2015年初，上海市第八届女律联与六个区律工委共同举办2015年新春联欢会，为各界献上了一台自编自导自演的话剧《律途》，活动获得圆满成功。市女律联以自己的方式，尝试法治文化宣传的创新。2016年1月15日，“律动人生精彩有你”——2016迎新联欢会，由市女律联联合普陀区律工委共同举办。这次联欢会是市女律联对把活动送到各区县女律师身边的一次尝试——支持每个区县搞好特色活动，让广大女律师都能成为活动的积极参与者。

2. 聆听养生智慧，做智慧健康丽人——外联互动讲座

2015年9月22日，市女律联邀请王寅教授为女律师们

分享了关于《黄帝内经的智慧》精彩课程，让女律师们更好地平衡生活和工作，保持女律师的快乐与优雅。

3. 春发其华，秋收其实——资深女律师合伙人经验分享会

2015年9月28日，市女律联业务提高与发展部举办了“春华秋实”资深女合伙人经验分享会。邀请了资深女主任、女合伙人，跟大家分享她们在如何组建优秀团队、选人标准、律所管理模式以及专业建设和发展等发面的经验，受到与会者的一致好评。

4. 爱岗敬业，重阳敬老——女律联重阳节活动

2015年10月24日，市女律联会员部举办了一年一度的老律师重阳节活动。近九十名女性老律师参加。活动期间，原市女律联会长缪林凤为老律师们送上了祝福，女律联也为老律师们献上了精心准备的戏曲节目。

（三）深入区县，落实工作

深入区县是本届市女律联的重要工作举措之一，为此，本届新设了区县工作部，在市女律联的协助与配合下，全市多区县女律联成功建立并开展活动，更广大的女律师群体有机会参与到活动中来，深入区县女律师的工作得到初步落实。

1. 智慧女性、悦动生辉——《让旗袍走进生活》专题讲座。2015年9月15日，市女律联和原闸北区女律师联谊会举行了第一次会员活动——让旗袍走进生活。活动吸引了闸北区80余名女律师踊跃参与，完美展现了女律师的精神风貌与风采。

2. 共情共智创新篇——走进浦东。2015年11月15日，上海市女律联与浦东女律联共同举行滴水湖公益暴走活动，向寄养家庭儿童表达关爱，并由浦东女律联向他们捐赠了学习用品等。同日下午，上海各区县女律师工作平台的负责人及市女律联班子成员一同走进浦东女律联，探索上海市女律师平台工作的发展。

（四）坚持公益，展示社会责任心

作为市女律联的品牌，“巾帼律师志愿团”的志愿者们全年无休开展公益法律服务，热心公益事业，





从左至右:

上海市律师协会副会长、上海市女律师联谊会会长邹甫文，上海市律师协会会长俞卫锋
第八届上海市女律联会长、现任上海市妇联副主席黄绮律师，上海市司法局副局长王协

受到当事人及妇联领导的肯定和赞扬。

2015年10月31日，市女律联副会长韩璐应市社团局邀请，参加了上海市人民广播电台直通990“公益伙伴日”特别直播节目。同日，市女律联巾帼志愿团受邀组建了“婚恋博览会女律师志愿团”，副会长谭芳及数名女律师获得“婚恋法律导师”荣誉证书，为广大女性及女律师群体婚姻生活保驾护航。

（五）搭建平台，注重行业内外交流

2015年4月，市女律联接待了来自广东省女律师工作委员会的20余名资深女律师。双方就女律师群体的工作与生活、行业中地位与作用，以及青年女律师成长与发展等问题进行了沟通交流。同月，由第八届市女律联编写的《律政伊人》新书发布签售会成功举行。签署活动现场人气爆棚，市女律联把新书签售所得款项全部捐赠给“韩学章律师基金”，用于帮助青年律师成长并表彰优秀律师。

2016年2月1日，市女律联代表上海市律师协会，参加了上海市一中院的迎春联欢会并表演了维也纳华尔兹。此前的市女律联迎新联欢会，一中院也助阵表演节目，这推动了律师行业与司法系统的良性互动，构建彼此尊重、平等相待、正当交往的新型关系。

（六）推进女律师参政议政工作

本届市女律联为推进广大女律师参政议政工作，特新成立参政议政部，旨在凝聚力量，引导广大女律师加入到参政议政的队伍中来。“两会”召开前，参政议政部邀请女律师人大代表及政协委员开展座谈会，为广大女律师传授参政议政经验。

最后，邹甫文会长对上海市女律联2016年工作计划进行了部署，她表示市女律联各个部门会在2015年工作的基础上，更全面深入地积极开展工作，把市女律联的工作扎根向基层，让广大律师体会到组织的关爱和温暖。

随后，上海市律师协会会长俞卫锋先生上台致辞，他称赞上海的女律师们具有“自强坚韧、优雅自信、细腻柔和、从容淡定”的优秀品质，过去一年中，在引导全市女律师参与妇女儿童维权、投入公益法律服务、积极参政议政等方面取得了突出成绩，更为推动法律共同体的良性互动开创了新的局面。他希望市女律联开拓进取，汇集女律师中的更多力量，热心投入公益，为“中国梦”的实现发挥更大作用。

上海市妇女联合会副主席黄绮女士则从两种身份、不同角度对市女律联的工作给出了肯定和寄语。黄绮副主席同样也是女律师群体中的一员。作为女律师，她对第九届

市女律联创新活动内容和形式表示肯定；作为妇联代表，她希望上海女律师们能“谋大局，识大体”，发挥熟悉法律、实践法律的优势作用，帮助政府依法行政、创新社会治理。

上海市司法局副局长王协先生在讲话中指出，上海市女律联在去年6月换届之后，产生了新一届的班子，业务长足进展、工作卓有成效。他还盛赞上海女律师运用自己的智慧和专业知识，积极从事

公益法律活动，维护了弱势群体的合法权益；同时今年启用的上海司法行政服务中心所举办的O2O沙龙活动又再次展示了女律师们的才华。如今，上海女律师从“十二五”时期的3872人至大会召开前一日已增长到6532人，占上海整个律师行业人数的三分之一以上，他希望市女律联的平台能将6500多名女律师的力量凝聚在一起，共同参与政府搭建的各个平台，为社会公益、法律援助作出突出贡献。



演讲分享

让我们一起听听她们的职业故事

本次活动的一大亮点，是邀请了不同年龄、不同风格的六位女律师，围绕、执业经历和生活故事，分享自己的执业和人生感悟。上海市女律联副会长孙彬彬女士及静安区律工委主任祝跃光先生主持了这个题为“春华秋实”女律师执业发展的分享环节。



演讲题目 壹

成功无时不在，成功永无来日

沈奇艳律师作为第一位出场嘉宾，剖析了20多岁时做律师的自己与30岁时做律师的自己。年龄的跨越带来了人的成长，尤其是在看待“成功的标志”这个问题上发生了巨大的改变，如果说20多岁的她认为成为合伙人、做多大的业绩是成功，如今30岁的她已不再将成功量化、也不再设置限制，而是鼓励自己学会舍弃，广交好友，让自己有耐心静下来，才是追求内心真正的成功。

演讲题目 贰

努力，为了遇见更好的自己

周兰萍律师分享了非科班出身最初进入律师行业时的艰难。去年133次飞行，17万公里，从工程律师转型到PPP律师，成为律所最年轻的合伙人又成为区政府法律顾问，这些经历告诉大家“面对挫折，进一步海阔天空”，而继续努力，为的就是遇到更好的自己。



演讲题目 叁

快乐的事业, 丰盈的人生

丁伟晓律师从中国一幅名画《富春山居图》开始, 诉说“美对人类内心的力量和震撼”。丁律师认为“职业的理性”和“文艺的感性”都是为了让生活更加美好, 律师在工作之余也可以很文艺。如果静下心来那便使内心从容, 让艺术和灵魂赶上生活匆匆的脚步。



演讲题目 肆

适合自己的就是最好的

“从 2007 年入职, 到如今为何还是小律师?” 刘一律师以这样的自问开始了她的分享。她认为在两个事务所的不同经历、不同困惑, 以及两次遇到同行前辈的指引, 让她找到了让自己内心可以安放的位置, 理解了“前期尽早打磨, 将来才能更有底气”这句话。

演讲题目 伍

用花开的心境, 活成属于自己的风景

沈岱青律师分享了关于律师老婆与警察老公的故事, 讲的是“妥协”、“鼓励”、“支持”、“和谐”这 4 个小故事。从最初因工作和家庭的冲突而导致的争吵, 到相互理解进而相互支持, 沈律师感悟到“让爱人小胜, 自己才能完胜”。如今他们二人开始尝试分享工作上的问题和趣事, 真正找了和谐与平衡。



演讲题目 陆

我仍在我的自由王国里散步

最后压轴出场的是缪林凤律师。她以西塞罗的《论老年》开场来谈到她自己的“幸福三论”——“想可以想的, 玩可以玩的, 做可以做的”。缪律师已是退休的年龄, 却仍有着年轻的心态和丰富的生活, 依然想着社会民生和社会责任, 热心反映社情民意。生活中的缪律师自称“宅老太”, 让音乐和书香将自己包围。



讲师聘任 让我们一起见证历史性时刻



本次会员大会特别增加一个环节——上海市女律联首个反家暴讲师团的聘任证书颁发仪式。2016年3月1日，我国首部《反家暴法》生效，上海市女律联巾帼志愿团从280名志愿团成员中层层选拔，组建了由35名女律师志愿者组成的普法讲师团。市女律联副会长谭芳向大会作了介绍，并宣布了讲师团成员名单。与会领导们向讲师团成员颁发了聘书。全场共同见证了这一历史性的一刻，纷纷报以热烈的掌声。



职业时装秀 展现知性干练风

此次活动的另一大亮点，就是两场女律师职业时装秀。30余名身着职业装的女律师们走上T台，年龄不同、身材各异，或裙装，或裤装，展示出多样的韵味。她们脸上露出自信的笑容，展现出由内而外散发的知性干练气质。

女律师们的上台，将全场气氛推到了高潮，本次会员大会在迭起的掌声中圆满落下帷幕。



律师服务之甲方乙方 ——记上海市律协“特邀委”总法律顾问沙龙

■文 | 陈业

2016年2月24日下午，在地标式摩天大楼上海中心五楼会议室，由上海市律协特邀会员工作委员会（以下简称“特邀委”）主办的首场“总法律顾问沙龙”拉开了序幕。

本次活动由上海市律师协会特邀委副主任裘索律师主持，上海市律师协会会长俞卫锋、副会长邹甫文、上海市企业法律顾问协会副会长陈露洁、上海市律师协会特邀委主任徐珊珊律师出席活动并发言。

活动邀请了通用电气（中国）有限公司公共政策高级法律顾问冯建妹女士，索尼（中国）有限公司副总裁及总法律顾问谈臻先生，上海电气首席法务官、上海市律协特邀委副主任、上海企业法律顾问协会副会长童丽萍女士，资深律师费宁，上海市律协特邀委委员徐培龙律师作为演讲嘉宾与其他来自企业的80多位总法律顾问、律师代表等法律人围绕“律师服务之甲方乙方”主题展开了热烈的讨论，活动现场座无虚席。

上海市律师协会特邀委主任徐珊珊律师在致辞中表示，上海市律协特邀委是上海市律协 19 个专门委员会之一，服务于公司律师、公职律师、外国律师，其主要职能就是与这些服务群体建立沟通的桥梁，开展相应的信息登记和职业培训等服务，让特邀律师也享有广大执业律师相同的权利。除此之外，特邀委还肩负着一个更为重要的使命——协助建设律师职业共同体。开展本次活动的意义也正在于此。社会执业律师与公司律师、公职律师履行着同样的法律服务职能，但在实务中却因为身处不同的部门，而最终形成如“甲方乙方”一般的关系，鲜有交流，缺少互动。特邀委希望通过举办各种活动打破这种身份束缚，创设一个学习交流的平台，让大家换位思考，畅所欲言，为法律服务业的发展建言献策。

活动首先由总法律顾问嘉宾代表发言，与大家分享了大型企业该如何评价和选择外部律师、公司采购法律服务的标准是什么、招标中是否“报价决定一切”、选律师的信任是如何产生的、是否要建立律师数据库等一系列问题的思考和看法。

冯建妹女士着重分享了选外部律师的信任是如何产生的以及产生信任的几个重要因素，包括律师的硬能力和软能力，如专业知识和能力、简捷的口头沟通能力、跨文化跨语言工作和沟通的能力、解决实际问题的能力等等。同时冯建



妹女士对特邀委创设的交流平台非常赞同，认为这个平台将为公司法务提供更多有用的信息。

谈臻先生从公司律师的定位、与外部律师的关系、哪些情况下需要外部律师提供法律服务、评价和选择外部律师考虑的主要因素以及其对外部律师提供法律服务的思考五个方面阐述了他对律师服务之甲方乙方的看



参加总法律顾问沙龙活动的人员合影



法。谈臻先生认为公司律师的角色应从公司守门人转变为公司的业务合作伙伴,进而发展为公司的战略顾问,在这个转化过程中,公司律师对外部律师及其提供的法律服务的要求和期望也越来越高。公司律师与外部律师之间不再是竞争关系而是合作关系。外部律师在与公司律师合作的过程中应更加主动地了解客户的战略意图、业务架构和盈利模式,前瞻性地为客户积极考虑和科学预测可能的运营风险和商业机会,努力和客户及其公司律师之间形成健康、可持续和战略性的协同关系。公司在选择和评价外部律师时,尤其希望所选的外部律师对企业所做的业务以及所处的行业有较高的熟悉程度。此外,外部律师的责任心、反馈速度以及服务费用也是选择和评价外部律师的重要考虑因素。

童丽萍女士基于企业法律工作的目标和需求,分析了外部律师和公司法务各自的优势和工作特点,分享了律师库建设的启发和体会。她认为好的平台、个人专业能力和职业素养及机遇是律师成功的要素,专业敬业、可信可靠、大气谦和、高效客观的律师最受欢迎,律师对客户情况和需求全面深

入地了解是提供优质服务的基础,公司招标时应综合评估律师方案的性价比来选聘律师。优秀的法务团队善于发掘法律服务需求,有利于律师业务的拓展和正确评价律师,希望律师“知公司所不知,能公司所不能”与公司法务相辅相成,相互尊重、理解、信任,共同成长。

活动第二阶段由社会律师嘉宾代表发言,与大家分享他们在工作实践中以及与公司律师、公职律师合作过程中的心得与感受。

费宁律师对不同企业聘请外部律师的现状进行了分析。他认为企业在选聘外部律师时最关注的是外部律师口碑,一线大律师参与程度等问题。但他建议,

企业在选聘外部律师时不仅应当看名气还应当看律师的为人是否谦和大气睿智等。外部律师与公司法务应当交朋友,知己知彼,共同为企业服务。

徐培龙律师结合本次沙龙主题表示,社会律师作为律师服务中的乙方希望听到作为甲方的公司企业的需求。同时他认为企业在选聘外部律师时要考虑律师及律师团队的专业性,选择自己需要的。

上海市律协特邀委服务于公司律师、公职律师、外国律师,其主要职能就是与这些服务群体建立沟通的桥梁,开展相应的信息登记和职业培训等服务,让特邀律师也享有广大执业律师相同的权利。



随后，活动进入互动环节，参会人员就嘉宾代表各抒己见，会场气氛热烈。

黄荣楠律师结合案例与参会人员分享了如何看待律师收费的问题。他认为律师应当与客户先行沟通，依据不同情况决定是按计时收费还是风险代理收费，并对此加以约束。此外，律师和客户应当建立信任关系，律师要站在客户的立场考虑问题，客户也要信任和尊重律师。

特邀委员会委员张大年律师从外部律师的角度与参会人员分享了自己的想法。他认为客户选择律师的同时，律师其实也在选择客户，律师与客户要建立长期的战略合作关系。而对于“律师库”的建立问题，他认为要根据业务项目的不同分类，越来越细化和专业化。

现场许多公司企业总法律顾问都对建立“律师库”表示了支持，并与参会人员分享了公司企业的实践和做法。外部律师也都积极发言互动，分享他们与企业法务合作中的感触。

上海市企业法律顾问协会陈露洁副会长介绍说，上海市企业法律顾问协会是企业以及企业法务人员提供服务的平台。作为甲方的企业法律顾问和作为乙方的社会外部律师都是法律职业人员，要各展所长，携手并进。上海市法律顾问协会在即将推行的系列活动中也将邀请

上海市律师协会参加，以促进企业法律顾问和社会外部律师的沟通与交流。

最后，上海市律师协会俞卫锋会长对本次沙龙活动进行了总结。他说，供方要多考虑需方的要求，需方要多听听供方的难处，企业法务与外部律师要相互理解、相互尊重、相互支持。同时，俞卫锋会长充分肯定了上海市律协特邀委创设这样一个学习交流平台的重要意义，他希望以后外部律师与公司律师、公职律师的交流活动越来越多、越来越广、越来越细，交流的形式更加广泛，希望借助这些活动建成一个法律人聚会交流的大平台。

外部律师在与公司律师、公职律师合作以往缺乏深入交流的机会，也少有互动，而本次沙龙活动让双方畅所欲言，面对面沟通交流，以更好地为企业提供服务。上海市律协特邀委今后将开展一系列活动，希望为外部律师、公司律师、公职律师以及外国律师提供一个可以交流经验，互相答疑解惑的机会，创设一个学习和沟通的平台。更希望通过这些活动让大家携手并进，共创法律人美好的未来！

沙龙活动临近尾声时，与会者们纷纷表示受益匪浅和意犹未尽，并期待下一次的交流活动。本次沙龙活动是市律协特邀委 2016 年的第一次活动，反响热烈，报名火爆，但由于场地等客观条件的限制，无法满足每一位报名人员的参会需求。今后，上海市律协特邀委还会举办一系列的交流活动，让大家都有机会参与其中、分享交流。



O2O电商模式中的消费者权益保护

■文 | 沈伟民

当电子商务迅速发展并成为一个新业态时，O2O 模式在该业态中的成长尤为迅速，同时给传统商业经营和消费方式带来巨大冲击。O2O 也是借助于信息传播功效，通过设定线上、线下的不同情景交易方式，激发消费者的消费心理内应，实现商品和服务的营销，满足了个性化的消费。

考察商业经营活动的发展历程，其功能乃通过各种交易媒介，终极目标系盈利，电商同样概莫能外。O2O 作为电商的一种模式，与其他诸如 C2C、B2B、B2C 的运营模式区别在于后三者分别呈现的是个人对个人、商家对个人、企业间的交易特征，而 O2O 则通过线上、线下的交易、体验分为多种运营模式。



沈伟民

上海市中华律师事务所高级律师，受聘为上海市消费者权益保护委员会律师志愿者已达二十年

业务方向：行政法律事务；项目投资及公司法实务（取得国家大中建设项目招投标资格、上市公司独立董事资格）；知识产权法律事务；权益类法律事务。

一、O2O模式、特征

O2O 的实质在于 Online（线上网店）Offline（线下消费），商家通过免费开网店将商家信息、商品和服务信息等展现给消费者，消费者通过线上筛选服务，线下比较、消费体验后再有选择地消费，在线下进行支付。这种模式能从极大地满足消费

者个性化的需求出发，避免了消费者因在线支付，但因自身原因发生未实际消费所产生支出性损失和纠纷的弊端。商家通过网店使信息传播得更快、更远、更广，可以瞬间聚集强大的消费能力。该模式下商家和消费者满足了双方的需要。

O2O 与其他电商所不同的的特征是侧重于消费体验,根据现有模式又可分别为:

1. Online to offline 线上交易到线下消费体验;

2. Offline to online 线下营销到线上交易;

3. Offline to online to offline 线下营销到线上交易再到线下消费体验;

4. Online to offline to online 线上交易或营销到线下消费体验再到线上消费体验。例如: 保险直购 O2O, 苏宁易购 O2O, 大众点评 O2O 等。

消费体验(也称体验消费)源于体验经济,系企业(商家)以服务为重心,以商品为素材和道具,提升服务能级,推动消费行为以追求感性与情境的诉求,创造值得消费者回忆的活动,并注重与商品的互动,让消费者内因中产生消费驱动心理。而传统经济主要注重产品的功能强大、外型美观、价格优势,随着消费型态的改变,经济演进过程已跨越农业经济、工业经济、服务经济转变至“体验式经济”时代,O2O 也即由此通过电商业态嫁接出了交易营销与消费体验的多种模式。

作为新颖消费模式的体验消费,由消费者先行试用商品,通过直接体验感受商品使用,从而引领新商品的消费。这种消费模式是市场推广的创新,受到消费者的广泛欢迎。

从商家(包括生产厂商)角度看,体验消费由消费者直接感受新的商品,对熟悉商品性能、了解商品功能、学习使用方法等十分有效,能迅速引起消费者的购买欲望。同时商家通过体验消费,可以直接了解消费者的感受,挖掘消费者的需求,在与消费者互动中改进商品的设计和质量,为客户创造价值,可取得一举多得的成效。

已形成较为认同的共识是:当经济发展到一定程度之后,消费重点将从“产品”和“服务”向“体验”转移,这是社会发展的一种自然境界。

“Online”线上、“offline”线下的连接点是 O2O 模式下商品和服务品种信息的真实性,体验过程与成交结果的商品或服务品质的一致性,线下体验不能借实推虚,误导消费者,从消费本质看,无论哪种销售方式,消费者各项权益均应得到尊重和维护。



二、O2O模式中的消费体验感受与实际成交之差异

电商的迅速以互联网技术为基础,虚拟技术与现实消费的结合更需要规范、规则的协调。在 O2O 的“消费体验”中,普遍认同消费是一个过程,消费者是这一过程的“产品”,当消费结束时,留下来的将是对过程的体验——体验另一种身份、体验异域生活,以及体验自身的创造力等。消费者愿意为这类体验付费,因为它美好、非我莫属、不可转让、转瞬即逝。如此一大堆新技术、新模式带来的新理念,往往注重了过程,忽视了体验的目的,以致弱化了消费者权益的保护。

例如: O2O 的汽车销售,线上介绍销售车辆的型号、规格、配置、技术参数外,汽车厂商通过 4S 店,将新型汽车向顾客展示,鼓励顾客试驾体验,同时现场辅导不同车型的各项控制关系和使用方法,市场推广很有成效,驱动了汽车消费。

但线下汽车实现销售中侵犯消费者权益屡见不鲜,近年来汽车销售投诉呈上升趋势,诸如隐瞒车辆里程数、二次销售、型号配置不符、油耗超标、质量缺陷和结构隐患无法排除等等,消费者面对这些售后状况与售前的体验感受产生明显的差异,使消费体验异化成了诱导消费的工具。

消费者维权实践中,车辆里程数是影响到购车人是否购买该车辆的关键因素,隐瞒车辆里程数属于违反《消费者权益保护法》第55条“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍”的规定。曾有消费者以“车辆里程数”为请求权基础诉之法院,得到了司法裁判的支持。

保险直购 O2O 模式有着快捷、方便特征,此种消费体验往往以推介会、答谢会等形式邀请潜在目标的投保人参加,会上通过影视方式介绍保险品种、理赔实例等。按保险信息披露管理规定,签约时保险人需向投保人明确提示风险,帮助投保人充分了解所购买的保险产品。在保险合同签约环节中,有的风险提示语十分绕口,按一般人认识无法理解其晦涩文义,实为保险理赔时留下对保险人有利的条件。这种体验是明显的推销属性,只是借 O2O 的新颖手段所为。

三、健全网络交易的规范制度

商家利用互联网技术优势在产品销售中提升自身的竞争力,在日益激烈的电商竞争中取得一席之地,利用网络推广自己和产品做宣传,宣传内容和范围更细致、更广泛,这对 PR 值、网站排名、网站流量等都带来增量。

电商通过网络发布商品和服务的信息应当严格遵循真实、正确原则,这是电商生存的底线,应当比传统商业的要求更高。尽管 O2O 侧重于消费体验,但线上交易或营销、线上消费体验的根本是商家发布的信息和宣传,作为网络交易的共性,不得做虚假宣传和虚假表示是基本准则。

电商交易迅猛发展,相应的规范制度滞后已凸显,除电商的自律规范外,当下可先将电商行业业已形成的符合诚实信用原则的习惯做法整合上升,可选择几个大型电商交易平台网站自行制定的内部规范、操作细则等作分析调研,为电商交易立法作基础工作。

现行的《网络交易管理办法》属部门规章,层级较低,内容上为一般性的规范要求,对违规行为的最高处罚仅为三万元,对不同电商模式的交易方式针对性不强。



该办法第十四条“网络商品经营者、有关服务经营者提供的商品或者服务应当真实准确,不得做虚假宣传和虚假表示。”的规定,属号召性要求,对网络商品和服务信息发布的监管手段缺乏明确对应性。现实中就出现了某中介连锁企业,利用大量虚假信息和宣传坑害消费者权益的系列性案件,竟没有一个部门能采取有效的监管、处罚措施。

而 O2O 交易模式中的线上交易或营销、线上消费体验、线下营销、线下消费体验,无不伴随着巨量信息,须明确如何分配事前、事中、事后监管措施,其中涉及多个管理部门的,须明确如何配合、协同。这样才能使 O2O 条件下的消费者享有一个安全、真实、公平的交易环境,同时也促进电商业态的规范有序发展。

在维护消费者权益实践中,上海市消费者权益保护组织按照《中华人民共和国消费者权益保护法》、《上海市消费者权益保护条例》规定,建立了电商、旅游、汽车等专业维权办,针对网络“七日无理由退货”、营利性教育培训、“上海一日游”、汽车销售收费及维修服务等深入开展调研,选取典型案例,起到了对电商业态规范经营的积极作用。

作为被上海市消保委选聘的律师志愿者,二十年来参与维护消费者权益的经历,对传统消费业态、新型消费模式、不同产品的消费结构尚有一些收获和体会。面对电商的迅猛发展,制度规范建设更需加强,这也许不亚于技术进步的迫切性。



P2P行业监管方向： 剥下变相集资的“互金”外衣

■文 | 蔡正华

自2007年第一家P2P网贷——拍拍贷成立后，该行业迅猛发展，2014年至2015年期间更是迅速爆红，甚至成为很多人在后股灾时代的投资首选。但由于缺少明确的法律规范，伴随着如雨后春笋般诞生的数千个平台，崩盘和跑路事件也层出不穷。这种悲喜交加的局面，伴随着E租宝等大型平台被警方查处达到顶峰。一面是高速发展的行业，一面是不断恶化的社会评价，网贷行业在中国冰火两重天的境遇被很多人归因于缺乏有效的监管。而这一局面在去年下半年被逐步打破，先是2015年7月，互联网金融行业“基本法”——《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》发布，再有2015年12月28日，《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法（征求意见稿）》（以下简称《办法》）发布，P2P网贷行业的监管方向逐渐明晰。

蔡正华

北京大成（上海）律师事务所律师，
上海律协刑事业务研究委员会干事

业务方向：刑事辩护、企业法律风险
防控和互金领域法律风险管理。



一、《办法》六大看点

（一）明确 P2P 网贷平台定性

《办法》第二条明确了网贷平台的定性，“网络借贷信息中介机构是指依法设立，专门从事网络借贷信息中介业务活动的金融信息中介企业。该类机构以互联网为主要渠道，为借款人与出借人（即贷款人）实现直接借贷提供信息搜集、信息公布、资信评估、信息交互、借贷

撮合等服务。”明确将P2P网络信贷平台定性为在中国境内从事网络借贷信息中介业务活动的中介机构，而非信用机构，不参与借贷合同之中，仅处于法律上的居间地位。通过明确网络借贷属于个体与个体之间的直接借贷的方式，除明确平台的中介性质，更进一步明确了业界之前流行的债权转让等模式的命运——即那些脱离直接借贷的、将债权证券化的模式，可能在日后就不太适合互联网金融企业去选择了。

（二）确立 P2P 网贷平台独立于借贷双方的地位

《办法》将网贷平台定性后，花大篇幅规定网贷平台应当处于一个独立于借贷双方的中介地位，原则上不应承担超越其角色的风险，不涉及借贷双方的债权债务关系。

《办法》第三条明确了网贷平台的责任及部分绝对禁止事项，其中规定“不得提供增信服务，不得设立资金池，

不得非法集资，不得损害国家利益和社会公共利益”。“不得提供增信服务”便是让如今大多数网贷平台实行“去担保化”的诱因，将网贷平台脱离于借贷合同之外。具体来说，现在大多数网贷平台所设立的“风险准备金”、“担保公司担保”、“合作机构担保”等相关增信服务全部都将是不合法的。这项规定也体现了《办法》对网贷平台业务的定性，仅为一个信息中介平台，仅能够进行风险评估和信息披露，不能做任何影响出借方以增信业务为内容的自我营销举措，将不得再有“保本”、“零风险”这种宣传。这也是为了保护出借人和网贷平台的一种措施，让出借人更冷静对待网贷平台上的融资项目，也将网贷平台完全排除出借关系之外，不承担担保或连带责任。

《办法》第二十条规定了费用分配，再一次排除了网贷平台参与借款的可能，也让某些网贷平台不能再以利息差额作为盈利的手段。费用另行约定更表明了网贷平台的信息中介属性。

《办法》第二十四条所规定的破产隔离，明确了网贷平台破产时，资金归于借款人与出借人所有，不列入清算财产。出借人与借款人的风险和网贷平台风险隔离，互相之间不存在资金关系。

《办法》第二十五条规定网络借贷信息中介机构不得以任何形式代出借人行使决策，且每一融资项目的出借决策均应当由出借人作出并确认。实际上指向了禁止平台线下理财端，这意味着现在很多网贷平台所推出的“帮你理财”、“自动投标”等类似主打项目将逐一下线，进一步杜绝网贷平台以任何变通途径对出借人资产控制的可能性，降低行业风险。

《办法》第二十八条规定将银行业金融机构明确为资金存管机构，目的亦是让网贷平台与借贷双方资金独立，防止资金池等资金挪用或引发其他道德风险。

（三）明确 P2P 网贷平台的义务

《办法》第九条列举了网贷平台应当履行的义务，明确了第三条所规定的信息披露责任。第（二）项中提到不仅仅要对真实性进行审核，还需要对合法性进行审核，这无疑增加了网贷平台的责任，降低了出借人的风险，提高了融资人的要求，但是可以较为有效地防止一些非法集资、诈骗等违法行为的出现。第（七）项是重点，要求构建信息识别制度，并且执行“交易记录保存制度、可疑交易报告制度，履行反洗钱和反恐怖融资义务，接受反洗钱监督



管理”。此条款彻底地结束了互联网金融发展到今天一直处于反洗钱的监督真空状态。未来无论网贷平台还是出借人和借款人，除了接受金融监管机构的监管以及网贷平台对融资项目的自我甄别以外，还要接受来自反洗钱的相关监督管理，及时报送相关可疑交易信息。同时，构建信息识别制度，让众多网贷平台的客户信息联网，可以有效地降低借贷风险与犯罪风险，还能完善黑名单制度，建立征信系统。第九条其余条款项目为网贷平台自我监管及风险预防的行为，保护出借人与借款人的信息安全，以及与相关部门紧密合作防止金融犯罪等相关安全问题的发生。

《办法》第十八条是对网贷平台的信息安全要求，防止前几年出现黑客攻破网贷平台，直接窃取资金的窘境，同时也是对网贷平台的基本要求，算是一种变相的门槛。

《办法》第五章全部在对信息披露做出规定，由于网贷平台定义为信息中介平台，“信息披露”制度的设立至关重要。此章节明确了信息披露的主体、披露的法定内容、披露的程度、披露的方式。《办法》规定的信息披露制度的设立与《证券法》所规定的信息披露制度的设立很相似，但由于主体不同，还是存在差异。虽然《办法》所规定的披露事项已经很全面，但是没有规定违反信息披露要求的后果：如出现虚假陈述的情况，承担其责任的主体中哪些是承担无过错责任、过错推定责任、过错责任，是否承担连带责任，举证等问题都需进一步的规定。

（四）列举了 P2P 网贷平台的负面清单

《办法》第十条禁止行为是《办法》的核心内容，对其重要部分分析描述：

1、禁止自融。即禁止自身或关联方融资，防止出现自融行为，脱离中介平台的限制参与借贷之中。但是对“关联关系”并未作出界定，还需要进一步的详细规范；

2、禁止设立资金池。不得让自身关联公司进行资金托管，与《办法》第二十八条相联系，就是说明要符合条件的银行业金融机构对借款人与出借人的资金进行管理，网贷平台绝对不能参与；

3、禁止自我担保化。目的仍旧是让网贷平台仅仅作作为中介而不参与借贷之中，因此对于关联方担保，或者第三方担保乃至保险等足以增加投资者安全的担保并未一刀切地予以禁止。

4、实名制要求。意味着网贷平台只能向实名制注册的用户宣传或推介融资项目。此规定是在强调特定对象问题，也是对借款人和出借人进行管理的一个基础，同时可以促进借贷和标的的真实性。

5、禁止自我放贷。《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》规定，网贷平台本质上有两种，一种是纯中介机构，就是办法所规定一类；另一类是放贷机构开辟的网上平台，实际上还是放贷机构，受《非存款类放贷组织条例》的规范。因此，对于 P2P 网贷平台这样的纯中介，当然禁止其以自有资金放贷。

6、禁止期限拆分 / 错配。期限拆分和错配与资金池一样，一直是广为诟病的非法集资的最大隐患。目前大量的网贷平台对融资项目的期限进行拆分，实际上也是期限错配与资金链断裂的重要原因。但值得注意的是，禁止的只是期限的错配，对于数额的拆分错配并无禁止。

7、禁止混业经营。此规定旨在限制没有相应资质的网络借贷平台与银行、保险、券商、股票以及私募股权众筹等机构的相关合作，尤其一些作为渠道进行基金销售、信托产品销售的网贷平台。同时，相关规定也指出发行以上产品的机构不得进行 P2P 网贷业务，不得混业经营。P2P 行业现状尚不稳定，该条款目的在于防止风险传递效应，以免传统金融业受到严重冲击。

8、禁止虚假宣传。通过严格信息披露，防止对项目做出与实际内容不相符的虚假信息，导致出借人误解的行为。

同时《办法》第十六条明确了网络借贷平台线上线下业务内容，限定了线下业务，防止了一些假借网络借贷平台的名义从事地下借贷的行为，也便于监管和让投资者判断其是否是真正的网络借贷平台。

（五）规定了金融消费者的资质审查等

《办法》中对借款人和出借人的资格、风险评估以及能力评级均要求平台做出审查，必须要求有过相关投资经历作为准入门槛，要求出借人明白借贷的风险，知晓自行承担借贷本息损失，了解网贷平台的信息中介属性。同时，除了要求提供借贷双方的真实资料外，还对借款来源和用途一并做出审查要求。相应，还要求平台依据前述评级结果，对每个出借人的级别确定最高出借额；借款人仅限于小额借款，不能超出一定的范围。借款人方面，除了禁止对同一融资项目进行重复融资，同时要确保提供信息真实准确与融资项目合法真实，以及不允许转贷他人外，还必须如实报告影响或可能影响出借人权益的重大信息，网贷平台也需要持续性的对借款进行信息披露。

（六）规定了监管机构以及网络借贷的各监管主体的责任

《办法》虽然只是征求意见稿，但可确定不会在正式文书里面进行再修改的就是监管主体的规定。《办法》规定由国务院银行业监督管理机构负责统筹，地方金融监管部门进行具体监管及对自律组织的指导；工业和信息化部负责对网络借贷信息中介机构业务活动涉及的电信业务进行监管；公安部门负责违法部分内容的相关工作。《办法》尤其强调了自律组织要受地方金融监管部门的指导，不受地方金融监管部门指导的行业自律组织将没有权力对网贷行业进行自律监督，此举将结束现在自律组织的乱象，封闭了一些以行业自律为名的组织进行套利的空间。同时明确地方金融监管部门没有履行职责的，要承担法律责任。

二、未来的监管方向

（一）明确监管主体，归口管理与行业自律管理、企业自我管理等多管齐下。

《办法》系银监会会同工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室共同制定，明确了监管体制机制及各主体责任，四大制定主体加上地方监管部门，五部门对于 P2P 监管的职责划分清楚明确，但接下来的关键在于如何促进各方更好地依法履行职责进行归口管理，对网贷平台进行全方位的监督管理将形成监管合力，建立良性的部门协作机制，明确各自的职责，充分利用已有的监管手段填补监管缝隙。

《办法》中可以看出，行业自律组织将发挥重要的作用。监管机构主导的全国性行业自律组织——中国互金协会已

经成立，各地方或将引导成立地方级行业自律组织，与监管部门的紧密联系也将结束以往各种行业自律组织并存的乱象。当然，《办法》最重视的仍然是企业自身的风控管理，此次征求意见稿更是超过预期加入了平台应当承担的一般信息报送与重大风险信息报送责任，今后借贷风险管理能力将成为衡量 P2P 平台能力的重要指标。内外结合多管齐下符合监管要求，在合理的监管情形下控制风险、保障投资者利益，平台才能安稳过度，长远发展。

（二）回归普惠金融本质，强调分散风险和技术安全。

普惠金融是指能有效、全方位为社会所有阶层和群体提供服务的金融体系，其最核心部分在于“广泛性”，对不同层次不同档次的群体均有相应的金融服务形式。普惠金融是对传统金融的补充，延伸了金融的服务层次。P2P 网贷平台依靠其固有的互联网广泛性的属性，又拥有低门槛、种类繁多的特点，恰好符合普惠金融的特点。但实践中背离普惠金融本质的平台很多，期限错配和拆分等更是将普惠金融当做外衣，成为危机爆发的根源。所以，《办法》此次明确指出，“网络借贷信息中介机构应当根据风险评估结果对出借人实行分级管理，设置可动态调整的出借限额和出借标的限制。”

《办法》还强调分散风险和注重技术安全。网贷平台往往存在技术安全的风，技术安全目的在于建立内部风控体系与防范外部风险入侵，通过利用大数据、云计算等技术手段降低传统金融的风控成本，又防止外部暴力破解直接窃取客户资金财产的行为。通过与银行合作，借助银行的网络安全安全措施，实施双边多步骤交叉核实客户身份，客户的真实性、账户资金的安全性都将得到有效的保障，黑名单制度也可以慢慢普及开来，亦不再会出现黑客进攻网贷平台索要“奶粉钱”这种滑稽而荒唐之事，内外皆有保障。当然，《办法》对平台技术实力的门槛性要求也促使很多平台开始寻求软硬件方面的升级，进行信息安全等级认证的平台逐渐增多。可以预期的是，伴随着监管层对技术建设的硬性要求（比如交易数据的传送等）和成本的投入增加，未来的互金平台更多的将会是真正依赖技术赢得竞争，而不是当下披着互金“外衣”，实际上行着线下理财实质的变相集资行为。

（三）加重平台的信息披露义务以倒逼规范化经营

P2P 网贷平台被定义为单纯的信息中介，相应的最重

实际上由刚成立的中国互金协牵头联系各方正在抓紧时间出台《互联网金融信息披露规范》，该规范被参与讨论的业内人士评价为史上最严格的信息披露规范，从信息披露的目的、适用范围和原则，管理和责任，方式和要求，披露的内容等各个方面对平台信息披露的责任做了具体规定，甚至细化到了平台每日应该披露的具体内容

要的业务行为便是信息披露。信息披露除了直接涉及到投资人的权益，更是监管的主要依据。长期以来，行业内混乱不堪的虚假披露、隐瞒披露、延迟披露，导致投资人错误的估计网贷平台和标的方的资信程度，最后血本无归，严重影响投资人合法权益的保障。

客观地讲，在新兴的互联网金融市场中，P2P 平台等中介机构、借款人与投资人之间所处的角色不同，此种借贷模式亦迥异于传统的面对面借贷、熟人借贷。中介平台的模式可能导致信息的严重不对等，在这三者中，借款人和中介方完全把控着信息的传输，投资人获取信息依赖于借款人和作为信息中介的平台，处于明显的信息劣势地位。这些都导致市场的自行调控并不能保障投资人获取足够的信息，故而只能依靠政府那只看得见的手出面通过法律手段调控。

除了《办法》对平台的信息披露义务做了长篇幅的规定外，实际上由刚成立的中国互金协牵头联系各方正在抓紧时间出台《互联网金融信息披露规范》，该规范被参与讨论的业内人士评价为史上最严格的信息披露规范，从信息披露的目的、适用范围和原则，管理和责任，方式和要求，披露的内容等各个方面对平台信息披露的责任做了具体规定，甚至细化到了平台每日应该披露的具体内容。

（四）过渡期加大对问题平台的查处

《办法》目前拟定的 18 个月整改期为最后期限，看似宽松，但《办法》给出的是过渡期的时长底线。考虑到各地方金融监管部门的实际授权和行动能力，还要根据各地的情况进行微观调控，再加上不规范的平台数量多，问题也较多，因此明确规定问题平台所涉违法犯罪行为不因过渡期的存在而获得豁免。而客观上，“E 租宝”与“大大集团”等涉资数百亿的平台的倒塌，也充分暴露了行业涉非法集资问题的普遍性，所以无论愿不愿意接受，对问题平台大规模的整治都已经在各地展开。

HOME
LINK

链家地产

“签赔”对赌， “链家”撩动了委托合同的两大根基

■文 | 连晏杰

农历新年过后，上海房价的上涨速度出现了让人瞠目结舌。在这个当口，上海市消保委于2月23日约谈了知名房产中介链家地产，针对两宗消费者投诉对链家地产进行质询，主要涉及的问题包括：在合同签订前对房源的抵押情况等隐患不予告知；将被法院查封的房子卖给消费者；乘机推销高息贷款垫资并成为购房者交易环节过户的障碍等；在房屋买卖合同履行中出现了新的法院查封等问题后不管不顾。此后，上海住建委于2月25日雷厉风行地决定对链家地产展开调查并暂停了链家地产涉事门店和相关经纪人员的网上签约资格。在之后，链家房产上海门店的二手房房源在一天之内全部下架，网络上微博、微信则是对链家铺天盖地的一致讨伐，并进一步指出高利贷、自担保、超额担保以及资金池等几宗罪，更有文章提出链家地产就是在提供房地产行业的场外配资，是房价非理性上涨的元凶，结果将导致类似于2015年股灾式的次贷危机。一时间，“吃饭睡觉打链家”成为很多网络自媒体在一段时间内的主要工作。



连晏杰

北京市世泽律师事务所上海分所合伙人

业务方向：争议解决、商业诉讼以及房地产业务。曾获评长宁区优秀律师、上海市第五届优秀青年律师等荣誉称号。目前担任上海市律协宣传委委员。

我觉得，即使是“过街的老鼠”，打的时候既要讲点道理也要有章法，就好比乔峰在杏子林面对背叛他的各个丐帮长老，出手前也要讲出个子丑寅卯，才能让人信服。而我们仔细来看打链家的那些报道和文章，为了尽可能的博取眼球显然棒法有些凌乱。首先，消保委报道的案子中就有不少疑点：例如该房屋存在银行抵押340万元，根据银行一般最高不超过70%的折价率，该房屋的评估价格应该不低于485万元（如果是前手交易的按揭贷款，则说明前次交易的价格不低于485万元，交易时的价格应该更高），而实际成交价格仅为400万元，这一远低于评估价格的成交价是不是意味着买方很有可能是知晓该房屋存在的瑕疵和隐患的；既然买方的首付280万元被卖方挪作他用，如何又能通过

借 110 万元推进过户进程（具备一定实务经验的律师应该不太相信卖方既然挪用了首付款却只挪用一部分的情形）；在去年 11 月份由于原产权人的债务被三个法院将房屋查封，却在今年 2 月份通过个人努力将房屋解除查封，无论在法律上是否有依据，至少在程序上我都认为是不可能完成的任务。所以，我对投诉方的陈述不贸然说不实，至少是有不尽之处，其必然隐去了一些对其不利的情节。其次，关于超过利率上限、自担保禁止、超额担保也犯了一些常识错误，例如无视《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中最高利率的规定，将尚未生效的征求意见稿作为法律依据，以及将相关担保公司的注册资本少看一个“0”等，这些问题均已由律师专门撰文指出，不作过多赘述。最后，关于链家这样的配资会导致次贷危机的观点也完全不敢苟同。我不精通经济学，但从司法实践经验来说，出现房地产债务违约后，根据我们现在的执行力度和司法拍卖流程，房价以极低价格成交变现的可能不大，而程序被长时间拖延的可能性很大，这也让所谓的次贷危机很难爆发。

在写这篇文章的时候，链家事件已经在公司危机公关和网络热点快速迭代的双重作用下，迅速在十天之内归于平静。我们倒可以静下心来，对链家模式做些法律方面的思考。

一、充满争议的“签赔”制度

我自己在去年就曾和链家有过接触，身边也有不少朋友委托过链家卖房。我们普遍的感觉是，当你和链家的业务员初步接触时，其并不是很关心你房屋的情况，而是反复建议你与链家签订《独家签赔协议》，并且告诉你一旦“独家签赔”，将有极大的力度帮你卖房。所谓“独家签赔”，其实就是链家与房东签署一份出售房屋的独家委托代理协议，并约定一个独家委托代理的期限。在独家委托代理期限内，房东只能委托链家出售房屋，如果通过其他中介将房屋出售则需要赔偿链家房屋成交价 2%-3% 的违约金，作为对价，链家向房东支付 500 元 -1000 元的保证金，如果独家代理期限届满未成交该保证金将归房东所有。而据业内人士称，如果一旦成交，链家业务员针对独家签赔的房源所获

出现房地产债务违约后，根据我们现在的执行力度和司法拍卖流程，房价以极低价格成交变现的可能不大，而程序被长时间拖延的可能性很大，这也让所谓的次贷危机很难爆发。



得的业务提成将远远超过非独家签赔的房源。出于这种制度设计，链家业务员对于签订《独家签赔协议》的热情要远远超过卖房本身。通过“独家签赔”从一定程度上实现对房源的垄断可能是链家经营甚至是融资的商业模式，但从身边朋友的反馈来看，“独家签赔”之后并不觉得房子更好卖，尤其是当其他中介有靠谱的潜在客户时，由于《独家签赔协议》的存在，他们而不得不放弃，更是郁闷。

那么，如果房东违反《独家签赔协议》将房屋通过其他中介出售，《独家签赔协议》的效力究竟如何呢？在链家的总部北京，相关法院的判决基本确认《独家签赔协议》的效力并判决房东应当向链家支付违约金，但判决金额有着耐人寻味的变化。在 2014 年形成的判决，违约金数额普遍较高，在“李树萍与北京链家房地产经纪有限公司居间合同纠纷”一案中，法院甚至在房东与链家书面解除《独家签赔协议》后三日通过其他中介出售房屋的情况下仍然判决房东需要承担违约金，

理由是房屋买卖双方实际要进行的房屋买卖合同的签订、房源信息的核验,买房人的资质审核等工作不可能在三天内完成,所以有理由确认房东在独

家委托期限内存在委托他人代理出售涉案房屋的违约行为。而到了2015年,违约金的金额出现了明显的下降,一般不超过10000元,而在不少案件中,链家也主动将请求降低至人民币10000元。而在上海,据了解目前尚无案例判决支持《独家签赔协议》项下的违约金,判决理由多数为法院发现链家业务员在签赔后往往将房源在“安居客”、“搜房”等网站以低于委托人要求的价格挂出以招揽客户看房,从而认定链家侵害委托人的利益,所以委托人有权解除合同而无需承担违约责任,该类判决也并没有直接否认《独家签赔协议》中违约金条款的效力。

笔者认为,从《独家签赔协议》的法律属性上说,毫无疑问属于委托合同,而委托合同应当是基于委托人对代理人的信任而形成的合同关系,而代理人也应当尽力维护委托人的权利,两者之间的这种信任关系应当是委托合同关系的基石。但是在“独家签赔”中,委托人与代理人之间确实形成了一种“对赌”关系,一旦能够寻求交易成功,相关业务员可以获得超额收益,而一旦在限期内无法成功,相关业务员则要付出一定的代价(签赔的保证金很多是由业务员自己支出,而保证金的金额对部分业务员来说并不是个小数字)。在这样的关系中,代理人的目标一定是不计后果地促成交易而不是尽力维护委托人的利益以确保交易的安全。在这样的制度设计之下,链家出现本文最初介绍的那些案例也就完全不让人意外了。因此,“签赔制度”从一定程度上动摇了委托合同中信任关系和谨慎义务两大根基,这一制度本身值得商榷。

二、风口浪尖的“金融”服务

诚如前文所述,链家所提供的金融服务在利率等方面并无问题,但在以下三个方面值得讨论商榷。

首先,是借贷的合法性问题。从消保委披露的案例来看,以出借人名义签订借款合同的均是链家的员工,

近来,监管部门叫停了大量“首付贷”“尾款垫资”类型的房地产配资产品。笔者认为原因就在于该部分产品的风险非常大。

但实际从资金出借主体无疑是链家公司。根据《最高人民法院关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》规定,企业以借贷名义向社会

公众发放贷款而形成的民间借贷合同无效,这一批复在《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》出台后并未被宣告失效,因为从立法本意来说,向公众发放贷款需要金融机构的许可证,所以并不是任何企业都可以向社会公众发放贷款。尽管链家自己声明是通过P2P的链家理财平台来实现出借人与借款人的对接,但事实上购买理财产品的客户并未出现在链家对外借款的合同关系中。链家对外的借款是否有效,是否符合P2P不得设立资金池,资金需要透明等监管规定,都是链家需要解决的法律问题。

其次,是操作层面的合理性问题。根据链家的介绍,出借资金主要用于上家归还银行贷款、下家支付首付款、以及下家的尾款不足部分。尤其是对于前两种情况,链家在出借资金时设定的抵押都必须要在房屋过户前涤除,否则房屋将无法过户。而且在第一种情况中,还将造成下家需要以自有资金向链家偿还借款而无法通过银行贷款支付该笔房款。对于这样的事实,链家在签订房屋买卖合同和借款合同前是否明确告知了房屋买受人,如果没有告知将在交易之前造成房屋买受人极大的被动(严重影响了房屋买家原有的资金安排),消保委一个案例中有一节事实即指向这个问题。

最后,是投资人的资金问题。近来,监管部门叫停了大量“首付贷”“尾款垫资”类型的房地产配资产品。笔者认为原因就在于该部分产品的风险非常大。一般来说,这类贷款产品的抵押顺位一定是排在银行后面,而一旦借款人出现违约,在不动产漫长的变现周期和昂贵的变现费用之双重作用下,第二抵押权人的权利是很难得到保证的。

链家公司在过去的几年中凭借创新的模式和凌厉的风格成为了行业中的翘楚,但企业在快速前行的过程中,确实应该在适当的时候放慢脚步,审视一下经营中存在的法律问题,如此循环往复,才更有机会成长为一个伟大的企业。

为什么是上海律师提出了“大所之问”

■文 | 刘桂明

2015年8月26日,看起来是一个平凡的日子。但是,对中国律师业来说是一个很不平凡的纪念日。因为35年前的这一天,正是新中国第一部与律师制度有关的法律诞生的日子。1980年8月26日,新中国第一部有关律师的法律《律师暂行条例》出台,正式宣告了我国律师工作的恢复重建正式制度层面。

刘桂明

《民主与法制》总编辑



为此,我选择这一天在我的微信公众号“桂客留言”中发表了一篇既有纪念意义更有讨论价值的文章。这篇题为《十年后律师业不需要“大所”》的文章,不仅在标题上有亮点,而且在内容上更有焦点。作者是一位资深律师,他就是来自于北京高朋律师事务所上海分所的陈文伟。陈文伟律师在文章中表述的是有关互联网时代律师和律所如何面对及发展的问题,他经过研究后提出了一个有趣的话题——十年后,我国可能不再需要大所了。

为什么是十年后不需要大所呢?现在的大所十年后怎么办呢?显然,文章具有惊人的轰动效应。于是,立即引起了律师界乃至法律界的强烈反响。

时隔两天后的8月28日,上海锦天城律师事务所合伙人吴卫明博士首先有了强烈反应。他开门见山、直接了当地提出了疑问:“谁说十年后律师业不需要大所?”

三天后,上海瀛东律师事务所管委会主任董冬冬也以《互联网会冲碎规模化大所的壳儿》一文,在网络媒体上表达了自己的不同意见。他认为,规模化大所在很长一段时间内都有其存在的价值。

面对如此强烈的反响,陈文伟律师立即进行了针对性的回应。为此,他又写了一篇《未来十年,律师行业不需要“大所”》作解答与分析。

在我看来,陈文伟律师发表的两篇文章,确实是一个活生生的未来现实。因为互联网已经改变了我们,而且还将继续改变我们。35年来,我国律师事务所不仅经历了国资所、合作所、合伙所乃至个人所的变迁,而且还逐渐涌现出了一批百人大所。毋庸置疑,大所当然也是我国律师业发展的标志。但是,在互联网时代是否还需要大所、是否还有大所,的确不是一个耸人听闻的话题,而是一个需要全行业共同思考的问题。所以,“大所之问”的提出,标志着我国律师开始进入更深层次的研究与思考。

非常巧合也让我惊奇的是,首先提出“大所之问”并对此进行深度研究的几位律师,竟然都是上海律师,都是上海滩执业的中生代律师。

在文化界，曾有人提出了“海派文化”的现象。在研究者眼中，“海派文化”既有江南文化（吴越文化）的古典与雅致，又有国际大都市的现代与时尚。区别于中国其他文化现象，“海派文化”更有一种开放而又自成一体的独特风格。

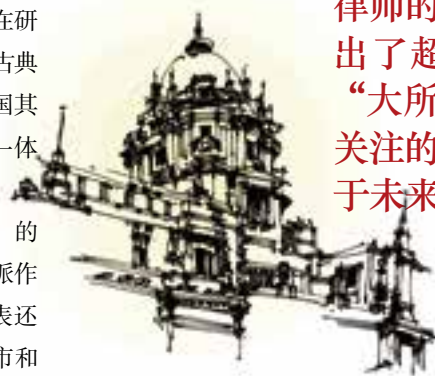
后来，因为“海派文化”而引申出了“海派律师”的职业概念。所谓“海派律师”，主要是指具有明显海派作风和思维的律师个人、团体及机构。无论是形象仪表还是谈吐表达，他们都表现出明显不同于内地其他城市和地区律师的职业风格，也不同于北方大中城市律师的职业文化。可以说，上海既是我国律师的发祥地，更是“海派律师”的发育地。

改革开放乃至我国律师制度恢复重建后，上海律师业不仅始终不甘于人后，更多是领风气之先。当然，很多时候是与北京并驾齐驱、你追我赶、争先恐后。于是，中国律师界就此拉开了“海派律师”与“京派律师”各领风骚、各显风采现象。

当然，我们不能说是“海派律师”战胜了“京派律师”，也不能就此做出结论为“海派律师”一定强于“京派律师”。但是，我完全可以说，相对于资源与信息优势居多的“京派律师”，“海派律师”一定不输于他们。在所有律师中，上海地区的律师也就是“海派律师”更应该是律师行业中的特立独行者。他们融合了律师职业的素质与上海风土人情的海派风格，最终成就了整个社会上层建筑中的职业标榜。

来自于上海但未必出生于上海，活跃在北方但却融入于上海的律师，就这样以自己的表现与表达成就了“海派律师”的时代内涵。陈文伟律师出生于上海，董冬冬出生于北方但最终却融入了上海，吴卫明律师则与许多其他上海律师一样，既将自己当成了“海派律师”，又以开阔的事业赋予了“海派律师”新的内涵。

我可以列举出许许多多表现优异、表达流利的“海派律师”。搜寻一下上海律师业的发展，首先是早年的李国机、郑传本、石忠祥、毛柏根等老一代律师在建国之初乃至刚刚恢复律师之时开始造就了“海派律师”的传奇，接着就是陶武平、翟建、鲍培伦、王国忠等一批 50 后的律师续写了“海派律师”的辉煌，然后就是一批 60 后与 70 后律师传承了“海派律师”的风范。目前中生代“海派



“海派律师”成了全国律师的领头羊，必然提出了超前而更大气的“大所之问”，自然将关注的目光与视野投向于未来的中国律师业。

律师”应为上海律师的主力军。在这些主力军中，既有领衔大所的吕红兵、刘大力、乔文骏等律师，也有引领青年才俊的刘正东、盛雷鸣等律师……

通过与他们的接触乃至深入了解，我发现了他们的独特之处：明而不失真诚。他们不说无法兑现的大话，也不拍胸脯空口许诺，更不会打肿面子充胖子；他们精于计算但却从不算计，也不会假装义气，更不会落井下石；他们精明的是知己知彼，真诚的是待人以诚。

精致而又显大气。我们所见到的“海派律师”，永远是一副彬彬有礼的形象，精致的西服革履，精致的言行举止，精致的快人快语。同时，他们既讲雍容华贵、优雅得体，也讲洋为中用、中西合璧，更讲兼容并包、海纳百川。

精业而更求超前。在“海派律师”看来，精打细算是一种本质，兢兢业业是一种素质，说到做到则是一种气质。作为律师，既要敬业，也要勤业，更要精业。

“海派律师”成了全国律师的领头羊，必然提出了超前而更大气的“大所之问”，自然将关注的目光与视野投向于未来的中国律师业。

对于中国律师业来说，将来是否需要大所，其实只是一种或然性，也只是一种概然性；是否需要大所与有没有大所，其实已是不同性质的两个问题或者说是一个复杂问题的两个方面；更重要的是，现在断言十年后是否需要大所，其实只是一种研究方法与观察视角。但是，这正表明了提出问题者的超前性与回答问题者的周密性。

无论是提出问题的还是回答问题的乃至未来解决问题的，其实都是上海律师，都是精明又精细、精致又精神、精业又精密的“海派律师”。所以，只有“海派律师”，才能发现如此深刻的现象，才能提出如此尖锐的问题，才能思考如此深入的课题与命题。

传递感动 汇聚力量 担负使命

律师们的公益：从帮助别人到温暖自己

■文 | 吕新



“慈者爱，出于心，恩被于业。”这是孔颖达疏《左传》的话。中国的慈善事业可谓源远流长，2016年3月，为慈善立法迎来全社会叫好声一片。事实上，已经有不少律师身体力行地投入到了公益慈善事业，或用专业知识，或投入金钱时间，主动承担社会责任。

上海市律协在2011年曾推出全国省级层面首份全面反映律师义务履行社会责任的报告——《上海律师社会责任报告》。报告指出，“上海律师业不仅仅是为经济社会、法治社会发展提供法律专业中介服务的现代服务业，还是一支建设法治社会、民主社会、和谐社会的重要社会力量。一万多名律师正在成为息讼宁人、构建和谐资深人民调解员，

化解群体矛盾、维护社会稳定的特殊专家，辅助政府依法行政的顾问，参政议政的谋士，全民普及法律知识的专业教师，公益事业和公益活动的志愿者。”

时隔5年，又有很多上海律师加入社会公益活动。律师和律所的“公益指数”已经成为衡量其卓越与否的重要因素！这些爱心律师通过各种各样的公益活动，推动了律师的社会公益形象。他们有的活跃在社区街道进行法律援助；有的捐资助学帮贫困山区孩子圆梦；有的通过心理关爱让家庭和谐关系得以延续；还有的通过公益慈善活动帮助畸形患儿免费救助治疗……很多律师告诉我们，做公益看起来是帮助别人，其实也温暖了我们自己！



捐资助学：公益就是播撒爱的种子

公益事业，无关乎财富，无关乎地位，只要有爱心，只要愿意奉献，人人都是公益大使。上海的律师界里，有不少律师多年来一直致力于各类公益爱心活动，对在校学生的捐助力度也在不断加大。

上海中夏旭波律师事务所主任张鹏峰律师就是其中一员。他们夫妇捐资助学已经坚持了十年。2015 年底，张鹏峰夫妇一次性向家乡宁夏希望工程捐款 330 万元，主要用于为母校中学宁夏中卫市兴仁中学援建学校图书馆及资助 100 名学生贫困优秀学生完成高中三年学业。这是宁夏青少年发展基金会 2015 年度收到的单笔额度最大的教育捐款。

当问及这位东方大律师为何会十年坚持不懈做公益时，张鹏峰笑言：“我们夫妇不穷不达，做些力所能及的事，让公益成为我们家庭一种习惯，也让我们的心灵能够得到净化和升华！”

除了张鹏峰律师，在律师中一直坚持做助学公益的还有范仲兴律师事务所主任范仲兴律师，他多次捐款助人，还建立了以个人名字命名的希望学校。

受过帮助的孩子们亲切地称范仲兴律师为“爸爸”，这个称呼让他非常感动。孩子们写信给“爸爸”时，除了诉说生活中的小事，比如家里的大羊生小羊了、父母吵架了、同学之间有矛盾等，也会描绘自己的未来梦想，比如长大后想从事的职业等等，范仲兴律师小心翼翼地呵护孩子们的自尊和梦想。对于孩子的每一封信，他不是用电脑直接打印，而是必定手写回复，后来有孩子反映字迹不易辨认后，他又改用小学生方格作业簿写。

“我不期待公益收获，付出本身是收获。人为了环境往大海中放生鱼苗，而我在孩子心中播撒无数颗爱的种子！”这就是范仲兴律师的公益精神。



帮扶弱者：公益就是发现并解决困难

弱势群体是权利缺失的一个群体，也是最应该被社会关注关心关爱的一个群体。近年来，上海律师们从各个角度切入，伸出援助之手，奉献爱心，让弱势群体感受到温暖。

上海市友林律师事务所首席合伙人陈申律师连续 8 年参加了中国“微笑行动”公益项目，为唇腭裂病人提供免费救治。为了让该公益项目扩大影响力，帮助更多需要帮助的人，陈申律师介绍了许多企业家、机构加入该行动，随着“微笑行动”在国内慈善领域小有声誉，2007 年，全国妇联、中国妇女发展基金会愿意同“微笑行动”联合共同发起并成立“微笑行动专项基金”。而陈申律师被任为“微笑行动专项基金”理事，“专项基金”设立，终于可以使得“微笑行动”能够在全国范围内，为更多的孩子募集资金。如今，中国“微笑行动”先后组织 150 余支志愿医疗队，行程百万公里，为全国 30 多个省（区、市）的近三万名贫困家庭的患儿提供免费手术和相关治疗。

除了关爱唇腭裂群体，视障群体也是法律人关注的人群之一。北京中伦（上海）律师事务所公益基金会曾启动“西藏光明行”公益救助行动，在历时 7 天的救助行动中，共计为 520 余名藏区百姓进行了眼病筛查，成功完成了 87 例白内障患者复明手术。

2014 年风靡全球的“冰桶挑战”让世界知道了“渐冻人”群体，他们所面临的法律困难却鲜为人知。上海原本所从 2015 年开始，为需要帮助的渐冻人家庭提供婚姻家庭、劳动、继承、医疗等方面的免费法律咨询及建议。

上海律师组建全国首个关爱自闭症家庭的青年律师义工大队，每到节日就组织法律界的爱心人士，为孩子和家庭奉献爱心。2015 年中秋和 2016 年春节之际，上海市女律联、上海社会公益与法律援助业务研究委员会联合媒体以及多家法律机构等共同举办了“星星伞——上海自闭症家庭关爱项目”的各类公益活动，为孩子们和家庭留下了美好的回忆。

关爱心灵：公益就是呵护生命的成长

2016年2月29日晚，上海浦东兰馨·悦立方剧场，“爱生命，美生美”互动体验心理剧上映。这场话剧聚焦留守儿童关爱话题，现场邀请各界大咖前来助阵，秦朔、袁岳等知名社会人士被邀请登台，参与志愿者演出，扩大了活动影响力，也唤起了更多社会人士对这一问题的关注。很多律师志愿者也加入到公益活动中来。作为活动发起的志愿者，君合律师事务所前管委会主任刘大力律师忙碌于整场，这已经是他参与上海惠迪吉公益人心理关爱中心公益活动的第六个年头。

在这里，他的身份不仅仅是律师，更是公益爱好者，资深志愿者。在刘大力看来，现在律师界的公益指数越来越高，很多律师都在通过各种形式做公益，充分体现了律师群体的社会责任感。

2011年9月7日，刘大力和其他志愿者共同成立了民非公益



机构：上海惠迪吉公益人心理关爱中心（以下简称“惠迪吉”），以关乎生命的心理学为核心，为公益从业人员、志愿者提供心理援助等。

“生命本来都有其本愿，无关哲学人生观。做公益的过程中，表面上是你在帮助别人、付出爱和传递爱，其实是你的生命在成长。”

服务社区：公益就是身边的雷锋精神

公益行为并无大小之分，许多律师活跃于社区和街道，为老百姓提供免费的法律咨询服务，对推动社会法治意识的进步发挥了重要的作用。他们深入社区、扎根基层，在看似繁琐的家长里短的法律咨询中，律师们的无私解答不仅为老百姓带来了实质性的帮助，也让老百姓更加了解律师的工作和社会价值，进一步拉近彼此的距离。

3月是“学雷锋月”，上海华夏汇鸿律师事务所的律师志愿者们也吹响了集结号，扎根社区、街道、居委，用自己的实际行动发扬、深化雷锋精神，为居民提供继承、房产纠纷、遗嘱效力、人身损害赔偿、遗体捐赠等方面的公益法律咨询服务，得到了居委会及居民的肯定和支持。

据悉，自2016年以来，华夏汇鸿所的公益法律队伍已经接受近30次公益法律咨询服务，调解3起居民纠纷，走访了近20家居委会和6个街道等等。



华夏汇鸿所主任计俊律师表示：“3月5日学雷锋活动结束了，但我们雷锋行动仍在。华夏汇鸿所的志愿律师愿意用自己的实际行动践行奉献、友爱、互助、进步的志愿精神，愿我们的付出换来大家的美好。”

像华夏汇鸿所这样坚持社区法律公益服务的律师和律所还有很多，律师用自己的专业专长参与社会建设，助力社区和谐，成为一支坚实的基层法治力量。

启示

上海律师公益之举还远远不止这些，越来越多律师和律所将公益活动列入了紧张的日常表，再忙也要参加公益，这不只是一种付出，也是一种担当，更是参与社会治理的一种职责。律师拥有专业法律思维，在公益行动中，比普通志愿者更能发现深层次的解决方案，为日后参与立法、执法、司法活动提供更鲜活的案例素材，同时律师还可以运用其独特的视角、独特的感悟从更高层面推动问题解决。律师广泛地参与社会公益，不仅在社会公众中树立良好的专业形象，更好地进行普法宣传，同时还可以为社会治理法治化提供更接地气的建议和方案。随着律师界越来越多的爱心人士加入公益队伍，会传递更多感动，相信也会汇聚更多力量！

东方大律师

秦悦民

1990年起执业，现任上海市通力律师事务所合伙人、管理委员会成员，上海国际仲裁中心仲裁员，上海仲裁委员会仲裁员，多家高校兼职教授，首届银行间债券市场交易自律处分会议专家，中国银行业协会首届法律专家库成员。2003年，被评为“上海市优秀青年律师”。2006年，被《亚洲法律杂志》评为“中国最热门25名律师”。

2015年4月，秦悦民被评为第三届“东方大律师”。2006年以来，历年被《钱伯斯全球领先商业律师》、《亚太法律500强》、《国际金融法律评论1000》等出版物评为银行金融、公司/并购、私募股权投资、投资基金、争议解决等领域的中国领先律师。

总会有下一座山峦

■文 | 秦悦民

复旦求学 三所起步

成为一名金融律师,是高中时代就树立的人生理想。1986年高中毕业前夕,复旦大学招生办公室的李老师来到我的母校华东师大二附中做宣讲,从他那里我得知复旦法律系将从1986年起增设“国际经济法”这一本科专业,目标是培养“懂法律、懂经济、懂外语”的三懂人才。高考结束后,上海几乎所有的高校都派出教师在人民广场设点接待考生的咨询。我很幸运地在那里见到了时任复旦法律系主任的董世忠教授,并与他进行了交谈。董教授热情地鼓励我报考。次月发榜,我很幸运地如愿成为复旦法律系国际经济法专业的第一批本科学生。

大三那年,我担任学生社团法学社的论坛部部长。在履行职务期间,我邀请了多名大律师来学校开设讲座。记得先后有幸请来郑传本律师、傅玄杰律师、邵瑞兴律师和鲍培伦律师等。从1990年的那个寒假开始,我在上海市对外经济律师事务所(也称“上海市第三律师事务所”,简称“三所”)实习,毕业前,我有幸被三所录用。

在三所执业的近四年期间,我承办了多起B种股票发行和上市、马鞍山钢铁沪港两地分别公开发行股票及上市、多笔国际银团贷款等当时的市场前沿业务,也承办了几十件刑事、民事、商事、海事诉讼案件,得到了蒋鸿礼律师、邵瑞兴律师、吕国耀律师、王一鸣律师等多位前辈律师的悉心指点。

英国进修 共创通力

1997年6月至1998年6月间,我有幸受司法部选派,参加中国青年律师赴英进修项目。其间,在伦敦大学东方学院学习英国法,并在年利达律师事务所及Brick Court Chambers进修。这一段海外学习实践的经历,让我受益匪浅,为日后更专业地从事跨境金融法律实务开拓了眼界、增强了技能、提升了自信。

1998年6月回国后,我便与其他创始人一起投身于通力律师事务所的创建。18年来,经过数百同仁的共

同努力,通力所已经成长为一家在银行金融、资本市场、收购兼并、资产管理、争议解决等领域广受赞誉的中国律师事务所,两次获得“上海市优秀律师事务所”称号,并于2011年获得“全国优秀律师事务所”称号。

众多项目 市场首例

在通力所的18年,我有幸承办了多起市场“第一例”的项目或案件,见证着中国金融市场的对外开放与转型。

2001年,我作为上海银行的律师参与上海银行引进汇丰银行及上海商业银行股权投资的项目,这是境外商业银行投资中资商业银行的第一例;2002年,我参与上海浦东发展银行引进花旗银行股权投资项目,这是境外投资者投资中国上市金融机构的第一例;2010年,我帮助北京银行设立了我国第一家消费金融公司——北银消费金融公司。

在资产管理领域,我先后为华安基金发起并管理的我国第一只开放式基金、第一只指数型基金、第一只货币市场基金和第一只联接基金提供法律服务。此外,我国第一只信托公司QDII产品、国内第一只信托公司TOT产品、香港市场第一只上市的投资中国A股的基金、全球第一只公募的中国QFII基金等市场首例的产品,我也有幸参与。

艰苦讼战 尽心竭力

最具挑战的,当属2008年9月至2011年11月间,我作为原告律师代理华安基金管理有限公司诉雷曼兄弟欧洲(国际)公司金融衍生品合作纠纷一案。该案中,原告华安基金发起并设立了国内首只QDII基金产品——华安国际配置基金,被告雷曼欧洲是华安基金聘请的境外投资顾问。美国当地时间2008年9月15日凌晨,雷曼兄弟控股公司宣布申请破产保护,雷曼欧洲也宣布进入破产管理程序。由于华安国际配置基金中一半的资产购买了雷曼集团中的一家公司发行的无担保零息票据,基金资产处于严重的危险状态。彼时,华安国际配置基金的

记得英国大法官丹宁勋爵曾经说过：“要成为一名好律师，必须使自己的学识面尽可能的广，要尽可能多学些东西，多掌握些知识。”

投资者共有 8721 人，其中 8714 人是个人投资者。

经过紧张、艰苦的研究论证，华安基金决定通过诉讼手段维护其合法权益。我和同事作为华安基金的代理人向上海市高级人民法院递交了针对雷曼欧洲的民事起诉状，并申请冻结雷曼欧洲共计 9640 万美元的财产。

我帮助华安基金聘请了英国的银行专家、金融监管专家、御用大律师以及香港律师作为专家证人，就案件涉及的诸多专业问题向上海高院出具了总计十多份专家意见。经过 3 年多时间的不懈努力，案件最终以调解方式圆满解决，投资者的损失基本得到弥补。

对我来说，能够在这起复杂案件中运用自己多年积累的知识、经验和技能，整个过程和结果能让当事人满意，我觉得很有成就感。通过这个案件我体会到了金融机构对于处理复杂金融争议的律师服务的极大需求，以及这类争议之处理对于律师所提出的综合性要求。

学无止境 继续攀登

记得英国大法官丹宁勋爵曾经说过：“要成为一名好律师，必须使自己的学识面尽可能的广，要尽可能多学些东西，多掌握些知识。”我相信一名优秀的律师应该是一个热爱学习、善于学习、勤于学习的人。

要做好一名金融律师，光有法律知识是不够的。于是，在上世纪九十年代中期，我利用业余时间华东师范大学国际金融系深造，拿到了经济学硕士学位，还全科通过了注册会计师考试，成为中国注册会计师协会的会员。2014 年起，我又成为清华大学五道口金融学院，即中国人民银行研究生部的金融 EMBA 学员。当今社会，金融技术的更新和金融市场的发展日新月异，同时，在全世界范围内，金融行业都是受到监管的。在五道口金融学院深造，不仅能够学到前沿的金融知识，而且能够有机会倾听众多前任和现任的“一行三会”官员讲课，他们是中国金融监管政策的制定者、解释者和执行者。

金融行业从分业经营走向综合经营，金融监管从“一行三会”分而治之走向统一的金融监管制度都是大势所趋，银行、证券、保险、信托、基金在大资产管理行业各展所长，金融服务业随着中国加入世贸组织而对外开

放，结构性的、复杂的金融产品以及多层套叠的金融交易结构层出不穷。市场和客户对金融律师的要求不再局限于传统项目中的常规服务，各类金融机构和资产管理机构对于没有知识漏洞、能够为复杂金融交易和疑难金融争议提供法律服务的律师和律师团队的需求日益增大。

服务社会 有所担当

我认为，资深律师应该充分利用他们在执业活动中获得的经验和技能，在律师执业这个舞台以外为“法治国家、法治政府、法治社会”的建设做出多方面的贡献。

近年来我积极参加法律、法规的制定和修改工作。我曾受中国证监会、中国证券业协会的邀请数次参加《证券投资基金法》的修订会议，为这部法律的修改提出意见。我深感欣慰的是，关于基金持有人大会制度的优化等建议最终被立法机关采纳。2008 年至 2011 年间，我兼任上海市律师协会银行金融法律研究会主任，在此期间，受上海市人大常委会法工委及上海市金融办的邀请，多次参加《上海市推进国际金融中心建设条例》的讨论会，我的数条建议也最终为立法机关所采纳。

我几乎每年都会抽出时间去多家高校给法学院和金融学院的学生讲授金融法律实务课程，近年来也多次受上海律师学院的邀请给新律师培训班的学员授课，每一次的讲授都让我有所收获，此之谓教学相长。

在上海两家仲裁机构担任仲裁员的工作也让我的生活更加充实。尤其担任首席仲裁员时，如果调解无果需要写裁决书是一件蛮有压力的事情，所谓落笔千钧重。但是想到能够作为一名裁判者参与商事争议的定分止争，还是挺有成就感的。

结语

“总会有下一座山峦”。身逢中国金融业对内深化改革和对外开放的大环境，以及上海建设国际金融中心和中国（上海）自由贸易试验区的难得机遇，我将一如既往地奋战在金融法律服务的第一线，努力书写好新的篇章，以无愧于这个时代。



金杜上海分所：中国式管理下的国际范

■文 | 金杜律师事务所

金杜律师事务所（以下简称金杜）于1993年成立，是中国司法部最早批准设立的合伙制律师事务所之一。金杜总部设于北京，于2003年分别加入了Pacific Rim Advisory Council（“PRAC”）（环太平洋法律顾问联盟）和World Law Group（世界律师联盟）。2012年3月，金杜与澳大利亚的万盛国际律师事务所（“Mallesons Stephen Jaques”）结盟，2013年11月1日，国际律师事务所SJ Berwin加入金杜，成为金杜国际联盟的一部分。至此，金杜成为全球首家总部设在亚太地区的全球性律师事务所，能够为全球客户提供包括中国法、香港法、澳大利亚法、英国法、德国法、法国法、意大利法及欧盟反垄断法等在内的“一站式”法律服务。近期，金杜已正式获得新加坡总检察署授予的外国法执业执照，并于2015年5月设立新加坡办公室，为进一步国际化提供必要的支持。

多年来，金杜凭借众多代表性项目获得了超过100项国际及亚洲地区的商业和法律业务奖项，并在50多个法律业务领域排名中名列前茅，曾数次被国际知名的法律杂志评选为中国排名最高的律师事务所。在过去的2014年，金杜获得了中国法律商务大奖颁发的“年度最佳中国律师事务所”、“年度税务业务杰出中国律师事务所”、“年度监管及合规业务杰出中国律师事务所”；亚洲法律杂志中国大奖颁发的“年度最佳中国律师事务所”、“年度国际仲裁

律师事务所”、“年度知识产权律师事务所”、“年度银行业律师事务所”、国际金融法律评论亚洲大奖颁发的“年度最佳中国律师事务所”、“年度最佳结构性融资及资产证券化律师团队”、全球及中国PE/VC行业评选颁发的“中国最佳（PE/VC支持）法律顾问机构”等几十项大奖，广受专业法律机构认可与客户赞誉。

金杜上海分所成立于1995年5月，现有46名合伙人，220多名法律专业人员。金杜上海分所在外商投资、银行及融资、证券、跨境并购、知识产权诉讼、私募基金设立、“走出去”等业务领域中具备丰富从业经验并占据市场领先地位；律师业务广泛涉及汽车、基础设施及公共事业、能源、电力、采矿、铁路、石油、港口、银行及金融机构、保险、体育、娱乐、航空、航运、零售、贸易、互联网及互联网金融、生产、软件、电信及高科技等行业领域，为许多跨国集团、国企、民企、银行及金融机构、保险公司、风险投资基金提供法律服务，并以高质量、高度专业化的法律服务赢得了市场和业界的认可。在上海市第十届律师代表大会上，金杜上海分所被评选为2011—2015年度“上海市十佳律师事务所”、2011—2015年度“上海市优秀律师事务所”。另外，金杜上海分所在抓好业务工作的同时，更注重加强对全体人员社会责任意识的培养，自2003年起连续6届被评为“上海市文明单位”。

金杜的管理模式

在国家改革大潮中成长起来的金杜，努力与国际接轨，创造性地引入国际同行经验，在实践中探索出了一条符合国情、有中国特色的律师事务所发展模式。

一是集中统一的组织管理。

金杜作为合伙制律师事务所，在成立伊始就遵循行业发展的本质特点，借鉴国际律师事务所的体制和管理机制，采取“公司化”和“一体化”的管理模式，实行集中统一的管理体制，所有人员由事务所统一调用，所有收入由事务所统一支配，所有重大事项由事务所统一决策。在金杜，合伙人大会为事务所最高权力机构，管理委员会为事务所的日常决策和管理机构，管理委员会下设七个专业委员会：合伙人发展和考评委员会、财务委员会、业务工作委员会、风险控制和防止利益冲突委员会、人力资源委员会、国际事务委员会和公益委员会。

二是专业分工的业务管理。

在业务部门的组织架构设置上，金杜倡导专业化分工，根据行业发展特点及市场需求划分不同的业务部门，并进一步设立了十大业务领域，即银行与融资，公司、私募股权、并购与商业事务，争议解决与诉讼，工程、能源与资源，证券，竞争、贸易与监管，知识产权，国际基金、房地产及税务。另外，金杜还拥有广泛且最新的专业行业知识，行业覆盖农业和食品，汽车，消费品与零售，金融机构，政府与公共事务，医疗健康与医药，工业及制造业，私募股权，工程、能源与资源，房地产和建筑，电信、传媒、娱乐与高科技，为客户提供量身定制的法律服务。金杜每一个业务部门都由熟谙该业务领域法律和具有丰富经验的合伙人和律师组成，倡导合伙人和律师在每个业务领域都专注做精做细，并努力成为每个领域的专家。成立 20 多年以来，金杜上海分所完成了诸多里程碑式的项目，其中包括：

(一) 协助中国银联在沪成立银联国际

2012 年 12 月 1 日，中国银联在上海宣布成立负责运营其国际业务的子公司——银联国际有限(责任)公司(以

金杜作为合伙制律师事务所，在成立伊始就遵循行业发展的本质特点，借鉴国际律师事务所的体制和管理机制，采取“公司化”和“一体化”的管理模式，实行集中统一的管理体制，所有人员由事务所统一调用，所有收入由事务所统一支配，所有重大事项由事务所统一决策。

下称“银联国际”)。银联国际借鉴了国际成功方式，在运营机制上引入“会员制”，此次共有 60 多家境内外主要商业银行成为银联国际的初始会员，其中境外金融机构占大多数。银联卡持卡人是全球最大的持卡人群，而银联国际成立的目的，是以更灵活的管理机制和更开放的业务模式，进一步扩大银联卡在全球的使用。自 2011 年 4 月银联国际项目启动以来，金杜团队全程参与本项目，在项目前期论证及方案设计、设立独资子公司、会员制度的设计与建立、国际业务与资产的剥离、知识产权的授权与许可、劳动人事迁移等阶段为中国银联及银联国际提供了全面的法律服务。

(二) 担任上海超日重整管理人

上海超日太阳能科技股份有限公司(以下简称“上海超日”)重整案，是国内首只公司债违约的上市公司重整，受到市场、监督部门、社会各界的高度关注。依法开展重整工作、公平保障各相关利益方的权益、妥善化解债券违约风波、协助地方政府维护社会稳定、给予投资人风险警示和教育，是金杜面临的重大课题。在上海超日项目上，金杜充分发挥团队合作和专业优势，创造性地设计了上市公司破产重整和债券危机整体统筹解决方案，圆满完成了上海超日项目。这一模式，还为发生债券兑付危机的其他上市公司提供了参考范本；金杜的工作，得到了监管机构、司法机关和地方政府以及各相关利益方的认可和高度评价。

(三) 协助中石化涉外仲裁案

中国石化集团国际石油勘探开发有限公司(下称“国勘公司”)是中国石油化工集团公司专门负责海外油气投资与经营作业的全资子公司，该公司成立于 2001 年 1 月。2005 年 3 月 4 日，国勘公司委托一家在英属维京群岛注册的公司(下称“某公司”)收购境外某能源公司股权。随后，双方就代理报酬事宜发生纠纷，某公司于 2012 年 8 月 29 日向中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲”)提起仲裁，要求国勘公司支付代理佣金、逾期付款利息损失和预期利益损失等共计约人民币 2.5 亿元。贸

仲受理本案后，国勘公司委托金杜作为其仲裁代理人。金杜在详细调查本案事实基础上，进行了充分法律研究和论证，代表客户参加了本案全部庭审，分别从程序、事实和法律方面全面驳斥了某公司仲裁请求。2013 年 12 月 30 日，贸仲裁决驳回了某公司全部仲裁请求，国勘公司取得全面胜诉。金杜有力地维护了国有企业的合法权益，获得了客户高度赞扬。

(四) 协助商飞进行全球知识产权申请

金杜自 2008 年起为中国商用飞机有限责任公司（以下称“中国商飞”）及其下属单位提供知识产权法律服务，深刻认同中国商飞相关领导“怀着历史使命感参与中国商飞工作”的主张，全面并深入参与中国商飞的知识产权相关工作，协同并见证了中国商飞知识产权工作发展的所有阶段。通过对飞机关键部件的专利侵权风险排查以及风险应对方案制定，帮助中国商飞充分了解其研发技术的专利侵权风险，并努力在飞机设计阶段就将相关风险降到最低程度。技术路径分析则通过对相关部件专利技术的梳理为技术人员理清关键技术的发展脉络，成为其研发的重要参考。此外，金杜结合航空领域专利发展业态以及中国商飞主要竞争对手专利布局，为中国商飞在相关关键部件上制定切实可行的专利战略，引导中国商飞进行合理有效的专利布局和专利申请规划。在金杜提供服务的这些年，中国商飞的专利申请工作从零起步，现已突破 300 件。另外，金杜还积极参与中国商飞与国外供应商的合作谈判，在推动中国商飞外部合作的同时合理保障中国商飞在对外合作中的相关利益。伴随着金杜的国际化进程，金杜香港办公室以及伦敦办公室也已开始为中国商飞提供法律服务，为中国商飞走出国门保驾护航。除了上述工作外，金杜还向中国商飞及其下属单位提供各方面的法律培训，并在工作中对相关项目人员进行积极辅导，努力为中国商飞打造一支自己的知识产权人才队伍。在今后的工作中，金杜将以全面且国际化的平台为中国大飞机飞向更高更广阔的蓝天继续贡献力量。

(五) 协助锦江股份收购欧洲酒店巨头卢浮集团

2015 年 2 月，金杜协助上海锦江国际酒店发展股份有限公司（以下称“锦江股份”）全资子公司卢森堡海路



投资有限公司与喜达屋资本旗下公司 Star SDL Investment Co S.à r.l. 签署《股份购买协议》，完成对欧洲酒店巨头卢浮集团（以下称“卢浮集团”）的 100% 股权收购项目。本项目为 2014 年第四季度正式取消上市公司现金并购的行政审核后，现金海外并购项目中金额最高的交易。本次收购顺利完成后，锦江股份的业务规模将大幅增加，公司的营业收入和 EBITDA（税息折旧及摊销前利润）也将实现大幅增长。金杜在本项目中同时担任锦江股份及其控股股东上海锦江国际酒店（集团）股份有限公司的法律顾问。本项目涉及 A 股上市公司及 H 股上市公司的复杂程序，以及两地证券监管机构对于上市公司信息披露、交易定性等诸多创新性法律问题。金杜专业团队全面参与了法律尽职调查、法律意见书起草、设计融资方案、协助与境内外监管部门沟通等各个环节，提供了专业且高效的法律服务。同时，金杜伦敦、法兰克福、巴黎、卢森堡等多个办公室也参与本项目，充分体现了金杜国际联盟在大型跨国交易中的强大组织协调能力和团队协作能力。

三是一体化的财务管理。

目前大多数中国律师事务所采用提成制。金杜在分配上杜绝提成，实行专业化发展，为律师之间的分工协作提供了良好的环境，从根本上解决了“提成制”对事务所发展的束缚和局限。金杜专门成立了考评委员会，对事务所的合伙人、律师的年度业绩进行考评。国外律师事务所都有工作量的统计，而根据中国的国情特点，金杜的考评委员会建立了民主评议制度，除了创收业务工作的贡献以外，考评时还要看合伙人为事务所做的非业务工作，比如公益、培训年轻人以及对事务所发展的贡献等方面进行综合考评。



金杜联盟全球管理合伙人
傅思德新年致辞



金杜的发展理念

金杜在创业之初就目标明确，即要依照律师行业本身的特点和规律及国际法律服务方向，为客户提供优良的法律服务产品，创建一流的法律服务组织。金杜以自身特有的核心文化建立了卓尔不群的精神格局，为整个行业的发展与国家的法治进程做出贡献。

一是强调团队合作。团队合作成为金杜重要的核心文化，合伙人之间的合作观念深入人心。金杜鼓励跨业务领域、跨部门的团队合作。重大项目往往涉及到多个法律领域，需要集中各相关领域专业人士的智慧和经验，金杜总部和各分所独特的一体化的统一运作方式实现了金杜律师的集中统一调配，各业务部门的密切配合最大限度地提高事务所法律服务的质量和效率。20多年来，金杜正是以这样的专业分工模式和团队合作理念，迅速发展。

二是注重文化传承。金杜文化的核心是勇于担当、以人为本、合作共赢和奉献精神。金杜律师及工作人员在为客户提供优质高效法律服务的同时，作为一个大家庭亦力求使每位成员感受到充分的尊重及关怀，并为每位成员提供发展的机会及必要的支持，使每位成员对金杜拥有发自内心的归属感，随着金杜一起成长并分享金杜发展的喜悦及快乐。金杜定期开展一系列活动，丰富员

工工作生活。例如，年度优秀律师/员工评比、年会、纪念中华传统节日及国际秘书节活动。同时，事务所成立工会，举办家庭日等项目，让律师感到事务所如“家”般的温暖，进而增加对事务所的归属感，加强事务所凝聚力，促进了律师之间关系的和谐。

三是加强人才队伍建设。律师事务所是讲求“人和”的法律服务机构，人才是事务所最为宝贵的资源和财富。纵观金杜过往20年的发展历程，可以说取得的每一点成绩、创造的每一分价值以及在中国乃至亚太法律服务市场缔造的每一次纪录，都离不开每一位金杜人脚踏实地、锐意进取的付出和努力。因此，金杜将年轻专业人才培养视为发展的重中之重，着力打造适合年轻人才成长的平台，创造条件让年轻人脱颖而出。同时，在以合伙人为代表的事务所核心与领导团队中，金杜注重个人优良品格的历练和修养，提升综合领导能力和重视人情世故方面的学习。值得一提的是，金杜已逐步消除各业务部门之间、合伙人与业务人员之间的专业壁垒，推动律师使用模式的制度改革，以工作年限和实际工作量为基础，全面提高律师综合待遇，建立“律师池”体制，给年轻律师们更多选择和历练的机会，使人力资源得以更加合理的使用与共享。

四是坚持国际化发展战略。为加强国际化应对能力，金杜从成立之初就在不断探索国际化发展路径，并通过开展涉外业务、设立海外分所、与不同国家和地区的律师事务所合作、联盟等形式搭建国际法律服务网络，为中国企业走出去提供帮助和支持。金杜始终谋求推动国际化发展，不断地提升管理水平。面对全球化的竞争，金杜提升规模，扩大运营范围的同时，在国际化人才培养方面进行了诸多有益的尝试。2014年初，金杜制定了联盟全球各办公室间员工短期互派的政策，为了保障有效实施，各分所人力资源部相继制定了具体的实施方案。在随后的一年多时间里，金杜中国和澳洲各自派遣了多名优秀律师前往对方进行交流、学习和工作。在此基础上，金杜进一步推出新型的国际化人才培养计划——“百人计划”。按照计划的预期目标，通过5~8年的时间，金杜联盟中将拥有一批真正了解欧洲、澳洲市场和法律体

香港大律师公会代表团到访

系的中国律师，他们的多元背景、丰富的法律经验，可以架起一座“桥梁”，有效地帮助中国客户走向世界，将外国客户引入中国。这一举措使得金杜全球各办公室的律师有机会去了解不同的市场、不同的文化背景、不同的客户特点，并在沟通中传递尊敬与理解，去激发彼此间的认同，减少那些由于误解所造成的困扰。在此过程中，来自全球各地的金杜成员尝试融合东西方文化差异，搭建理解的桥梁，真正实现不同地域间的交汇与协作，共同推动金杜联盟共同发展。

金杜在人才的选拔标准上，注重国际化的视野，跨文化思维，熟悉外国的法律体系，拥有良好的人际交往能力和熟练的外语水平。在人才的招聘和选拔方面，既会从现有的年轻律师中选拔一些优秀律师，也会从国内外知名法学院中挑选优秀的学生，让他们参加事务所专门举办的“百人计划”培训班，按照国际化人才标准进行单独的强化培训，包括所内的课堂培训、送到国外法学院进修、所内各业务领域的轮岗工作、短期派遣到金杜其他海外分所等。为推动“百人计划”的有效实施，事务所将专门成立一个“百人计划”领导小组，对计划的人员招聘和选拔、国际化人才标准、人才培养和培训、人员薪酬福利待遇等问题进行研究和确定。金杜“百人计划”的实施开展，将保证金杜联盟的真正融合和业务的持续发展，促进金杜各分所的共同发展。

金杜的社会担当

金杜上海分所在金杜公司化、一体化的管理模式下，秉承金杜不断创新及追求卓越的现代法律理念，强调团队合作、注重文化传承，充分发挥党建作用力量，经过20年的成长和发展，取得了骄人的成绩。

金杜上海分所以客户至上、团队合作、创新务实、



金杜上海分所在完善律师事务所自身管理，加强律师事务所的制度建设上，坚持共性和个性的统一，根据实际情况“因地制宜、因时制宜”，走出一条符合自身实际的发展道路。

追求卓越的价值取向为指导，引导金杜员工积极参与国际文化大都市的建设，并形成金杜品牌特色。金杜上海分所非常重视对全体员工的教育引导，把认真做好文明单位创建工作作为引导全体员工自觉践行公正、包容、责任、诚信价值取向的重要方面。多年来，金杜上海分所员工在市、区司法行政机关的指导下，紧紧围绕律师事务所的各项标准和创建要求，以饱满的工作热情和扎实的工作作风，齐心协力，取得较为显著的成效，为长宁区创建全国文明城区做出了金杜人的一份贡献。

近年来，在上海深化改革、扩大开放、加快转变经济发展方式的关键时期，在对接“大虹桥”和上海国际贸易中心建设中，金杜上海分所律师以实际行动积极参与国际文化大都市的建设，紧紧抓住发展机遇趋势而上，组建了一支专业型、复合型、涉外型的法律服务团队，由具有多年行业经济融资、证券等专业律师共同参与协作，立志以最精湛的法律知识和高超的专业技能，为“十二五”规划和“大虹桥”建设提供全方位高质量的法律服务。金杜上海分所合伙人王军、赵晓红、金立宇成为长宁区政府首届法律顾问团成员，积极参与上海国际文化大都市的建设，努力形成金杜法律服务的卓越品牌特色。

金杜上海分所扎实推进社会主义核心价值观体系建设,引导金杜员工形成正确的世界观、人生观、价值观。金杜上海分所在深入开展教育实践主题教育活动中,党总支精心部署,加大宣传力度,营造你追我赶、争创一流的工作氛围,进一步推进事务所党建工作,着力增强党建工作有效性和党组织战斗力。2014年长宁区青年辩论赛,以“思辩中的青春,舌尖上的对决”为主题,聚焦职业青年发展,着眼当今经济社会发展和广大青年关注的热点议题进行深入思考、理性研判、精彩辨析,进一步凝聚和激励全区职业青年为长宁经济社会发展不断贡献青春力量。金杜上海分所青年律师张逸瑞作为长宁区司法局代表队辩手之一参加决赛斩获团体冠军,张逸瑞律师荣获此次大赛的“最佳辩手”。

多年来,金杜上海分所始终坚持维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义;遵守宪法和法律,恪守律师职业道德和执业纪律;秉持客户至上的理念,尽心竭力为中外客户提供全方位的法律解决方案,提供优质高超的专业法律服务。金杜上海分所在完善律师事务所自身管理,加强律师事务所的制度建设上,坚持共性和个性的统一,根据实际情况“因地制宜、因时制宜”,走出一条符合自身实际的发展道路。

金杜的公益事业

金杜公益基金会(以下简称基金会)于2008年正式成立。基金会以促进中国法律进步、自然保护和人文事业的发展为宗旨,通过资助法律研究、法制宣传、法律援助等有利于法制建设的公益活动,资助文教、环保等

符合基金会宗旨的公益活动,弘扬公益意识、服务社会、承担社会责任和义务。

金杜公益基金会有效利用公益基金,热心慈善事业,通过与金杜法律服务资源的有机结合,在原有金杜公益项目的基础上,延续并创新开展了一系列的公益活动,使金杜公益事业更加规范化、制度化、长期化,使更多的金杜人主动、自愿地参与到公益事业中来。例如:持续开展“金色童年”计划,在江西、四川、甘肃和西藏等地的贫困山区捐建“金杜课堂”,捐款数额超过百万元;持续资助高等法学教育,捐资超过300万元;广泛参与各项突发灾害的捐助活动,相继为汶川地震灾区捐款300多万元、西南干旱地区和青海玉树地震灾区等捐款近百万;2008年基金会成立以后每年向“延庆农村公益法律服务项目”捐款,累计已达60余万元;通过多种形式践行金杜人的环境保护意识;通过向法律援助基金会捐款、代理法律援助案件、组织公益法律服务研讨会等活动,提供公益法律援助,促进公益法律服务的发展。

依托自身法律专业优势,热情投身于公益事业,是金杜公益基金会核心宗旨之一,也是近二十年来金杜人所秉承的优良传统。基金会将更广泛地加强和公益慈善机构的联系,与其他热心公益的各界朋友紧密合作,在延续现有公益项目的基础上,积极地开拓更多新的公益项目,以实际行动积极回报社会的关爱。

北京市金杜律师事务所上海分所获2011-2015年度“上海市优秀律师事务所”称号,并获同年度“上海市十佳律师事务所”称号。

启示

相较于英美等国家近百年的法律服务发展模式,中国本土律师事务所发展历史短,起步晚,行业文化仍处于探索与形成阶段。谋求一条适合中国国情律师事务所管理模式的道路,全面发挥中国法律服务行业的价值,需要建立健全符合法律服务业发展规律的制度、规章,与时俱进地改变观念,加快民主法治进程、提高服务管理水平,鼓励和帮助法律服务行业人员积极参政议政,提升社会影响力,加大对政治、经济生活的参与力度,通过法律援助服务公益事业,重建行业职业道德与律师文化,最终建立公民、司法与法律服务行业的互信机制,从而真正全面发挥律师事务所、律师职业的价值功能。

金杜在完善律师事务所自身管理方面,加强律师事务所的制度建设,坚持共性和个性的统一,根据实际情况“因地制宜、因时制宜”,走出一条符合自身实际的发展道路。其上海分所今天的成就,正是选择了最适合金杜自己发展的管理模式。

小区破墙与街区制的法律思考

■文 | 许倩 整理



本期主持：

施克强 上海市律协宣传委委员、民事业务研究委员会副主任
上海市尔立律师事务所主任

嘉宾：

邹荣 华东政法大学教授、社会管理综合治理研究院常务副院长、社会协同处处长
宋安成 上海市律协房地产业务研究委员会委员、北京盈科（上海）律师事务所合伙人
米玲玲 上海市律协社会矛盾化解业务研究委员会副主任、上海长策律师事务所合伙人



施克强 律师

■ 施克强：

今天很荣幸能请到在座嘉宾，一位是华东政法大学社会协同合作处处长邹荣教授，是行政法方面的专家；一位是宋安成律师，在物业房地产方面很有研究，是盈科所的房地产法律事务部主任；另一位米律师是市律协社会矛盾化解专业委员会副主任。我们今天的主题有关于近日印发的一个新闻，中共中央国务院印发《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》，文件里有短短一行字引起了大家的热议：新建住宅要推广街区制，原则上不再建设封闭住宅小区，已建成的住宅小区和单位大院要逐步打开。我提议从三个方面来讨论：第一，街区制是不是符合市场经济和城市发展的需求，优点在哪里；第二，文件里提到以后不再审批封闭式小区，这在未来规划和社会管理上会有哪些问题，在法律上，作为法律人，如何来解读并提出建议；第三，已建成的住宅小区、单位大院要逐步打开，大家特别热议的是《物权法》如何来适应这个政策导向。

城市街区制优点在哪里？

■ 施克强：

我个人觉得街区制是符合未来城市需要的，无论从一个人文角度、完善角度还是交通角度等，上海在上世纪 90 年代以前很少有封闭小区，那时候就是一个个弄，可以任意走动。大家去港台地区或西方发达国家的城市去看，很少有封闭小区，我个人是认同街区制的。不知道在座嘉宾如何看待这个问题。

■ 邹荣：

我想是这样的，第一个问题关于不设封闭式小区对城市管理是多是坏这个问题，讨论这个问题恐怕要讲一件事情，

就是城市里的土地在我们国家和发达国家是不一样的。如果是私人所有土地，通过购买或转让，不属于公共规划的范畴，属于私人物权。说到规划使用土地如何安排，就涉及到政府所控制的公用土地，设立小区是否科学，是否更符合未来城市发展的方向性，我相信中共中央国务院发文的时候，应该有所调查、有所了解。这件事对城市交通、城市发展到底有没有利，肯定要有科学依据。还有就是以中共中央国务院的名义发文，今后在城市规划中，有导向性、政策性的东西出来了，中国是非常大的，每个城市的情况各不一样，人口密集型城市里可能有这个问题，那么很多其他地方城市的情况可能跟北上广等不太一样，这些城市如何来规划，涉及到很现实的问题，就是城市的规划建设是国家事务还是地方事务。从现在的《立法法》情况来看，城市规划属于地方事务，地方如何来规划，是由国家制定统一法规地方来执行，还是地方根据自身发展需要来进行规划的问题。所以从法律上考虑这个问题，是不是科学。现在十八届三中全会、四中全会提出决策的科学性合法性，特别是科学性这个角度来说，经过哪些数据哪些城市的调查发现这个情况，是对未来城市发展不利的。决策要让人心服口服，要拿数据、科学依据来说话。很多人说了，封闭不利于交通等，国外有很多地方不是这样的，我相信这是事实，但是要把决策过程的依据拿出来，这样才能以理服人。在科学性这个问题上，他们讲的情况是不是和每个城市的情况都一样，差异度太大，有些土地可能比较广大，但是交通不成问题。其实封闭式小区也有好处，在地方差异度较大的情况下，中央整个决策形成政策导向是依据什么出来的，我们应该有权利知道。

■ 宋安成：

我觉得国务院文件有两点值得解读，第一个就是新建小区原则上不再审批封闭式，原来的小区成了社区或街区，有这个问题。目前关联度比较高的一部法律就是 2007 年的《物权法》，明确提到小区建筑区划内的绿化道路属于全体共有。现在政府要打开围墙，从我们以前处理的纠纷和碰到的问题来看，昆明包括广州都曾经有过拆“围”的情况，也确实遭到了一些业主的反对，当时一个是法律意识不强，另外确实没有太尊重业主的权利。现在如果再拆“围”的话，肯



邹荣 教授

定要和《物权法》进行衔接，特别是买高档社区的，对他们影响会很大。首先我觉得这个政策是好的，如果真的把社区打开，政府有一定的对价，这个对价不一定是出钱，政府能揽下道路维护、绿化维护等责任，对业主来说，未尝不是一件好事，对大部分中等或中等偏下社区肯定是件好事。我一直讲，物权是你的权利，但这个权利附带的义务是非常大的，要为此承担很大的成本。如果把这个权利过渡给政府，换成真正的看到经济价值的权利，我觉得这是条好的路径，但是这需要探索，毕竟各个社区不一样，各个地方也不一样，不能一刀切，上海的中心城区和郊区也不一样，现在主要是解决中心城区的拥堵问题。我觉得下一步可能还是要看各地如何出台政策，找个比较合理的路径，在保证《物权法》规定的业主权利的基础上，以适当的方式、适当的形式来打开社区。

■ 米玲玲：

我个人的看法：街区制是未来城市规划的发展趋势。对普通民众而言，街区制似乎是个全新的概念，但是从律师角度来说，其实我国本来就存在街区制。

一、街区制在中国自古有之，随手翻阅一本历史书籍，书籍中记载的市井生活都是街区制的模式，即便是在今天三、四线的县级市中，市区的大多小区都是开放式的格局，没有封闭的概念，物业、安全等就是由街道、辖区派出所来负责，而从集体土地来说，我们的农村就是个典型的街区制管理模式，由村委会进行业务管理，包括街道、公共管理等服务，因此街区制在我们而言不是个新生事物。

二、那么小区从何时封闭，为何要封闭呢？近现代的城市发展，开发商营造小区品质与环境的私密等方面考虑才建起了围墙，初步产生了封闭小区。最早有封闭式住宅的概念来说，是来源于大家对权力的欲望，比如古时候的皇宫。

三、现在政府提出要在国有土地上实施这一城市规划，我认为政策的初衷是为了将来城市有一个更好的规划，那么是不是要打破原有已经建成的封闭式小区呢？我觉得没必要完全打开。因为刚刚邹教授提到每个城市的特点不一样，有些三四线城市有了封闭式小区反而有利于政府管理；对于一线城市来讲，可能面临土地资源的紧缺，城市公共交通的拥堵，当然封闭式小区不是这些问题的根源，但是对这些问题会产生一定的影响。从这个意见的角度上来说，要把封闭式小区打开，我认为还是要从政府层面上做很多工作，一个首先要从立法上做衔接，各级人民政府要从行政角度做好相应配套的工作，这工作需要很多相关部门的政策、操作意见出台，我觉得这只是个开始，从普通民众的角度而言没必要恐慌。

■ 施克强：

逐步推广街区制到底如何论证出来，以及我们国家的地区差异，这些问题确实值得关注和研讨。街区制照米律师所说古已有之，现在要进一步城市化。大家去看《清明上河图》，里面都是四通八达的，城市很大，但只有一道城墙，这道墙相对于农村来说的一道屏障，农村不可能再建城墙了。象邹教授说的，论证过程中依据在哪里，有哪些科学论证，如果能够披露，更有利于大家理解。

■ 邹荣：

我补充一句，你刚才讲街区的问题，实际上中国在解放前除了地主大院，在刚解放的时候，基本没有封闭式小区，只有单位大院，被围起来的是国家机构和一些设施。为什么后来有了封闭式小区，因为房地产开发，这首先需要有规划许可，是经过规划部门审批，是符合《规划法》的。今后不再设立封闭式小区没有问题，这是国家出台了规划政策，但是已经建成的小区要打开，这里涉及到很多利益，政府、老百姓、其他公众各有需求，怎么平衡这几方面的共识，这就是按照习近平总书记十八届三中、四中全会说的，在这个问题上，要找到最大公约数。现在强调法治思维、法治方法，法治思维就是首先要有法律意识，在做之前在法律上要论证。

街区制纳入城市发展导向后的立法前景

■ 施克强：

我们今天的解读有两个层面，第一个是以后不批，我觉得这个法律问题好解决，就是推动立法程序，把政策导向推动到立法程序中去，以后从规划审批这块再慢慢控制调整，从立法和行政途径都可以做到。我们先看看如果未来有立法方面的一些新的动向或要注意哪些事项，既是从普通老百姓角度，又是从职业律师角度、法律研究者角度来预测，哪些地方会带来立法上的需求，以及要修改现有的法律有哪些障碍，我们就先从立法角度讲。

■ 宋安成：

我当时写了篇文章，就是《住宅街区制对房地产开发模式的影响》，里面讲到我们实行街区制之后，房地产开发流程，政府和事业单位、开发商之间的分工有比较大的变化。第一个变化就是招拍挂的方式，一块土地给开发商，大配套、小配套都是开发商来完成，现在新的模式来了，招拍挂也变了，现在有个代建制，超大型楼盘都有，由政府出钱，开发商代为修建道路。这样的话，要完善这种代建制度，这是目前整个土地出让、规划模式，包括政府和开发商、事业单位（水电煤气）的分工，整个影响非常大。原来的小区是以小区为单位的，现在如果街区化之后，街区可能是个大的单位，可能是以栋为单位，然后政府可能会在这个街区配一个维修中心，整个模式会发生很大的变化。上次我在物业管理协会开过一次研讨会，特别关注这个问题，一旦街区打开之后，整个物业管理模式也受影响。所以从拿地、规划、开发到管理，地方政府都应该有相应的配套，否则现在没办法衔接。现在问题出在哪里呢，当时云南和广州打开社区的时候，老百姓反应很大，那么以后再打开社区，要在一开始就设计好，以后打开的社区，土地出让的成本、维护成本、业主的物业管理费相对应该低一点，关于住宅街区对房地产开发的影响还是比较大的。

街区制给城市治安管理带来的挑战

■ 施克强：

我想到公共安全问题，现在小区保安承担了巡逻的责任，以后新建小区就没必要这样了。因为封闭式小区的保安承担了一部分警戒责任，以后小区打开了，保安和公共安全保障部门之间的界限在哪里，可能就是门内门外，这对管理方面确实会带来一些问题，以后这些立法规章制度都要跟上。

■ 宋安成：

政府的技防应该覆盖，其实上海市政府已经做得很好了，一些老旧小区把技防装在小区里，政府公安的联网已经覆盖。我觉得安全和私密性是个问题，但我觉得更多的是个心理作用，很多老旧小区的技防设施是瘫痪的，如果政府能够统一规划、统一管理，那就更安全了。小区开放以后，安全性倒还好，私密性倒是有些问题，特别是高档别墅区。

■ 施克强：

从这个角度来看，可能也是目前城市土地已经短缺了，政府也发现私家小区占了那么多地，有点资源浪费，现在小区的土地白天都是闲置的，其他功能统统被屏蔽了。

■ 米玲玲：

我觉得从立法层面上要解决这个问题，两大法是必须要改的，一个是《物权法》，对业主共有部分面积要做出明确修订。另外一个就是《城市规划法》，这两个根本立法要修订，后续的地方性立法再进行相应修订。为什么要从这两部法进行修订呢，《规划法》就是从政府角度来讲，城市规划法是政府在城市建设中所应依据的首个法律，包括规划立项、审批等流程，都以此依据；再者开发商拿地、招拍挂这一系列是要从行政管理的角度，让其有法可依。就是将来的住宅小区拿到地以后，包括容积率这些细节性的东西都要有相应变化，容积率是跟公共面积相关的。将来《规划法》改



宋安成 律师

变了以后，绿化变成了公共市政的任务，就不在小区开发商的硬性要求里了，所以这是必须要改的。那么为什么要修改《物权法》呢，从业主的角度来说，将来买了房子，绿地的面积包括小区内人行道面积和自己的利益不相关了。小区内的绿地及道路因为不属于业主共有，所以对其的使用及管理权自然不受限于小区的业主。

对于老小区来讲，在没有立法之前，原有法律还在实行，或者新法颁布以后，怎么去解决尾巴的问题？政府在做这项工作的时候，首先要进行意见征询。就是邹教授前面刚刚讲的，小区因为公共原因要进行征收或征用，肯定要业主同意，从《物权法》角度，处分共同共有财产的时候，要达到三分之二以上业主同意，而且要召开业主大会，同意了以后，再按照国家征收条例来进行相关征收补偿工作。一定要按照程序去做，做完这些事情，小区围墙打开，那才会产生后面公共物业管理的问题。

与此同时，带来的问题就是将来的物业公司可能越来越没有市场，而公安机关、市政绿化管理部门等要做的政府性的工作会越来越多。如果原来的封闭式小区逐渐减少，业务没有新增，只能在原来的工作量里进行细化，那对原来的物业公司来往，将来会承担越来越多的义务，做到小而精，在原有的份额里面做到精耕细作，才会保有业主的信赖。我们也注意到，上海市政府管理部门现在也主动承担起了越来越多的义务，意见一出来，他们最先警觉，觉得这是一块他们将来可以从事的业务，除了公共市政道路外，如果业主的小区道路打开了，业主可能也需要向他们缴纳一定的费用，这是个潜在的市场，而且他们已经进行布局了，我觉得这倒是个好事。

回顾封闭式小区是怎么出现的

■ 邹荣：

我觉得还是要把法律关系分析清楚，从小区过去的形成到今后的发展，首先我很奇怪的就是为何会形成封闭式小区，国有土地根据城市规划变成住宅建设，开发好了以后，这里形成了什么法律关系。国家允许开发商去开发楼盘然后出售，政府给你土地是建住宅的，住宅建完了以后卖给老百姓，老百姓是和政府发生法律关系，怎么这地方一圈就变成了公共物业。业主买了房子，连带把公共部位变成了封闭在小区里的权利和义务。如果在私有制社会里，即便是在我们国家，土地不是国家的，通过购买等方式变成私人土地是自己的权利，购买了住房怎么就连带着这里的土地就一块买走了，变成我的权利了，围墙一圈，就变成大家共同的物权。在法律上是怎么形成这个局面的，我找不到法律依据。

■ 宋安成：

我解释一下，三年前我就研究过这个问题，这个问题最早开始于深圳，深圳在1981年最早有一个小区叫东湖丽苑。中国最早的小区一般都是外销的，价格很高，那要讲究一个私密性、安全性，所以这种模式就形成了。上海的房地产开发从1992年开始，一直沿用了这种模式，刚好政府进行了一系列改革，就是要发展物业管理企业，原来政府的水电煤进社区统统让给物业公司了，刚好当时的房管所也改革没有了，转移给了物业公司。但实际上大的房产物业都在探索新型管理模式，例如万科一直有开放式社区，后来因为安全问题、业主意见等也就封闭掉了。开发商往往考虑到老百姓的消费习惯已经形成，不可能再去造敞开式的，因此封闭式小区就这样经过默认逐步形成了。

■ 邹荣：

是的，现在《物权法》明确规定了，我们也不去追究这个问题了，我接下来讨论的问题是，既然《物权法》已经明确了大家有共同的使用权，如果说基于城市发展概念，小

区打开以后，就有一个征收补偿关系，前提是首先要修改城市规划。因为我现在住的地方形成这种状态是符合原来的城市规划的，那么基于现在的道路畅通或其他管理，需要被封闭小区的这块土地，那就变成征收关系了，征收是一定要有补偿的。但是前提在于规划被修改的情况下，规划变更修改了以后，按照新规划来征收，如果没有规划在先的话，政府想征收土地，那会人人自危。我还要强调一个严重的问题，政府规划法律效力的问题，修改立法和城市规划，修改之后土地归国家所有了，那是不得了的事。所以中国虽然有《规划法》，每个城市所做的规划的法律效力如何？在很多国家，城市规划建设是个立法事项，要修改是修改法律，不是政府想改就改的。我觉得讨论这个问题，从我们法律人的角度，不仅是城市规划，说远一点，其他规划诸如养老事业、教育等规划都是想改就改，没有确定性。我的意思就是在这个过程中，我始终是这个看法，做得好不好，是否有利于城市发展，这个无法评价。但是我们讲法律上的问题，现在要把原来的小区改掉，先修改规划，因为我现在是根据原来的规划，修改规划之后再破墙，把公用面积拿出来用，这就是个征收的问题，这个法律关系要搞清楚。

■ 米玲玲：

其实从法律的层面上我认为这是件相对比较容易做好的事情，但最艰难的事情可能是业主对事情的认识，从更多的业主来讲，有些是居住在比较高档小区的业主，他认为这是对他绝对权利的侵害，买这个小区就是冲着小区的私密性，住在这个小区是种身份的象征，一旦把围墙打开，他就失去了这样一种载体，从这个角度怎么改变大众的意识。我认为政府需要做大量宣传工作，而这个宣传不仅仅从立法层面，现在老百姓对于政府的认可度、接受度还有距离，因为大众参政议政的氛围相对比较弱，他们更多的是关心自己的利益。而现在立法如果一旦出台，恰恰要动他们的利益，所以我们的政府一定要把工作做好做细，要做到公开透明，让老百姓有这样一个心理认同的程度，这条路还是要走得相对谨慎一些。



米玲玲 律师

■ 邹荣：

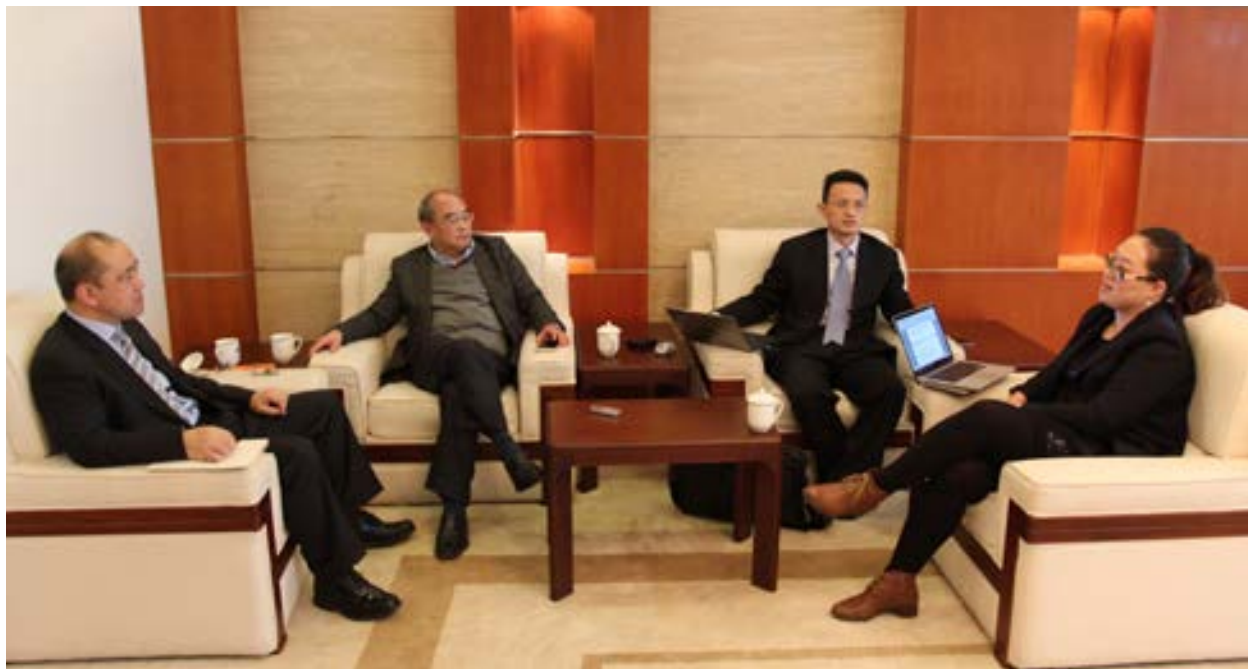
现在问题是老百姓基本已形成共识，我买了小区的房子，就享有这个小区公共物业的使用权，在这样的情况下，把围墙破了，就是影响了我的权益，政府需要补偿，这是个法律问题。法治社会里，所有权利义务的改变和调整都要来自于法律程序和法律规定。所以我观点非常明确，可以通过征收方法来解决，基于信赖保护的原则，已建成的小区不宜随便更改，否则会出现什么情况呢。我刚刚讲修改城市规划，封闭小区的道路开放，政府要征收，如果这样做，表面上来说法律程序上没问题，但是给人的印象很可能就是政府想做什么事，这是法治社会绝对要防止的事情。

■ 米玲玲：

其实从另外一个层面上来讲，政府在意见里没有说得特别清楚，但是从普通法律工作者的角度来讲，可能更多是从城市规划和公共交通等一些公共资源利用上来打开封闭小区做这样一项工作。那么老百姓可以说我的小区不是不允许别人走动，就把小区大门打开，不要拆围墙，这种变通的方法是不是也可以适用，这样就解决了政府的需求。

■ 邹荣：

这是对的，这件事涉及到方方面面的权利义务。居民有居民的诉求和主张，其他公众有公共交通的需求，政府也有其他方面的需求，在这个社会里，权利之间相互连接，相互渗透交叉，政府的任何一个举措都涉及到权利方方面面的主体。怎么达成共识，不可以单方面说了算，就是要通过一定的程序明确共识，立法应当是这样的。



未来会有哪些新的矛盾产生 以及再谈治安管理问题

■ 施克强：

其实新建小区造成周边市民交通不便的矛盾已经屡有发生，不建封闭式小区也是为了道路考虑。从理念上来说，我是认同街区制，从立法程序上来说，无论是《城市规划法》还是《物权法》，目前是有障碍。因为《物权法》是向二十年来的房产开发做出了肯定，现在马上要改条款，确实需要很多工作要做。最后我想补充谈谈安全问题，因为普通百姓觉得安全是个问题，我也在思考这个问题。我住过上海的老街区，也住过相对开放的大的新村区，以前上海的老公房也没有围墙，以前开放式的街区制很少听到过有失窃现象，但是围墙一建好，失窃现象反而多了。如果街区川流不息，小偷难以下手，一封闭就有安全死角，我觉得大家可以思索一下这个问题，向公众解释说明，让大家觉得有些事要从另外一个角度去看，用事实来证明。从安全角度来说，街区制未必不符合安全需求，这和整个社会治安也密切相关。我们今天讨论的，街区制确实有优点，政策导向之后背后的那些论证，希望能知道这些论证的东西，有利于未来对立法建议，有利于未来执法以及在

案件处理时有个比较明确的标杆和价值判断。还有就是我觉得对《物权法》、《城市规划法》肯定要有修改，不修改法律障碍过不去。

■ 米玲玲：

我们从事法律工作的可能会更直观地看到一些问题，现在有些小区尤其是封闭小区，他们跟物业管理的矛盾非常激烈。如果街区制打开，可能这部分小区会最早主动要求打开，他们要把工作交给政府。对他们来讲，这是个出口，而且工作交给政府了，可能很多事情的主体更容易明确。我觉得不见得所有业主都不接受，一部分人会欢迎街区制的推广。另外关于安全问题，我觉得安全问题一定是要跟公安部门、城市联合执法部门联合，让他们加强这部分工作，社会公共安全的安全性要靠大众的亲身体验去感受，不是建一堵围墙就能阻止犯罪。所以说社会公共安全环境的氛围营造需要政府来进行投入和宣传，而且要加大公安部门对一系列犯罪行为的侦破力度，这样才能震慑和防止犯罪，这才是源头上的问题。

■ 宋安成：

我还是从物业管理角度来说，米律师说得很对，现在的物业矛盾非常突出，上海有 70% 以上的小区成立了业委会，但是和物业公司没有矛盾的业委会很少，这里面有个最大的问题就是小区造成的。因为物业管的事情太多，如果一栋楼为单位请个物业或者保安，矛盾一定会大量减少，现在大部分矛盾集中在违法搭建等，如果以后敞开肯定是政府管理。去年上海有个一号课题，市长亲自点名，我们也开了很多研讨会，就是一定要通过创新模式解决物业管理的矛盾，但是现在这个课题研究结果还不是很理想，所以我觉得街区制对物业管理确实能解决很多矛盾。

■ 邹荣：

这个我倒不太乐观，从物业公司这个角度来说，小区打开了，为业主服务的内容减少了，可能和物业公司的矛盾是减少了。原来很多封闭式小区承担了很多政府的责任，打开之后和政府的矛盾可能会增多。所有服务和保障都变成了政府应当提供的公共服务，政府是否想清楚了，原来交了物业费，由物业公司提供服务，打开之后政府将面临巨大的考验，社会管理成本要提高。

推广街区制的节奏和路径

■ 施克强：

我们再解读一下文本，要推广街区制，应该不是一个刚性的提法。第二个我注意到的就是原则上不再建封闭式住宅小区，那么这个原则是什么，这个原则怎么掌握，谁来掌握。

■ 邹荣：

这在立法中也有些不确定的法律概念，原则上到底怎么来界定。如果土地从自己角度来说，是通过一定的法律程序获得的国有土地使用权，这时候政府是无法干预的，除非妨碍了城市规划，所以必须有“原则”两个字，否则全部刚性化了。但是原则到底是什么情况，要把它细化，不然就给有些部门可乘之机，这里面就会有博弈了。

■ 宋安成：

现在是个政策层面，怎么上到立法层面，上升到什么程度，这个文件贯彻到什么程度，下一步是值得期待或研究的，还有很多问题要解决。

■ 邹荣：

所以我有个建议，如果要在上海做这件事，尤其复杂。应该组织方方面面的专家学者律师，特别是有房产开发管理经验的律师，把所有问题想清楚，形成完整的法律方案，然后再经过一定的宣传来操作。千万不可以一个机关单独做，这样不能解决问题，反而矛盾会越来越复杂。把制度论证清楚了以后，试点完成的部分一定和后面的有差异度，这种差异又是一种矛盾的激发点。

■ 施克强：

从文本上来说，还有一个是已建成的住宅小区、单位大院要逐步打开，“逐步”这两个字又耐人寻味，有没有个时间表，以及最终目标是什么，打开小区的标准又是什么。



■ 宋安成：

逐步打开我觉得这和目前的《物权法》还是有矛盾，76条明确规定属于改建，要三分之二的业主同意，有可能业主不同意打开。我觉得这涉及政府征收问题，政府征收有两块，第一个，小区道路开放，应该把所有配套都接过去，像小区绿化、管线、小区娱乐设施等，在这个层面上已经对业主做了补偿。另外征收就是土地价值，我觉得一些老旧小区不需要很多费用，还是有很多业主能接受，因此中低档小区将来还是有可能打开的。现在不少业主觉得物业费是一笔难以承受的负担了，因为中国的物业公司属于“奢侈的物业管理”。

关于单位大院

■ 施克强：

从文件上看，还有个单位大院，这个概念大家怎么看。

■ 米玲玲：

我讲一点，原有住宅小区打开肯定要从最早政府属性的大院开始，政府先身体力行，让普通老百姓看看单位大院打开了以后带给他们哪些便利，让老百姓感受到这种便利，而且对本身住在里面的人也有便利。比如减少了物业费，甚至我觉得以后物业费可能都不需要收了，因为现在交的物业费是按照产权证面积来收的，物业费收取理由就是公共面积管理。既然是公共安全，如果上升到物权法，已经被国家征收掉了，就失去了依据，不存在费用支出，那慢慢的老百姓的大院也可以打开。

■ 邹荣：

我还是讲规划问题，上海治理拥堵，如果有必要开条马路了，那和开这条马路解决城市拥堵问题有关的小区那要打开，没有关系的就不必折腾。

■ 米玲玲：

可能将来我们做征询，现在针对旧改项目内的人来做意

见征询，可能要涉及到社会公共利益的意见征询，要在某个区开通一条路，可能整个区的居民都要进行投票，进行民意的征询，这样对工作开展会更有利。

■ 施克强：

看来新的小区如果建开放式街区制，有人愿意建，有人愿意买，让市场去说话。老的要打开，如果把业主排除在补偿之外，会形成新的社会矛盾，补偿方式是可以讨论的，同时让业主觉得无后顾之忧，但是这无后顾之忧也需要示范。

■ 邹荣：

政府要有些承诺，公共服务要弥补上去。刚刚施律师讲的“逐步”，其实不是一个时间概念，可能需要相当长的时间来做这件事，这个“逐步”更强调是个步骤，成熟的、谈妥的小区，法律上论证清楚，不能一刀切，“逐步”是这个意思。

■ 米玲玲：

总的来说，街区制是个好的制度，从城市规划来讲，这个制度对将来的城市环境、规划，会惠及到更多老百姓，但是政府做这个工作一定要非常谨慎，处理好方方面面的程序问题、立法问题、衔接问题，要想清楚，然后再逐步去做。

■ 邹荣：

我有句话，就是现在小区的形成都是违法形成的，政府要反思过去，老百姓一家一户本来就是街区，怎么会变成小区的。

■ 宋安成：

我觉得是这样，政策层面上升到立法层面或者上升到操作层面，可能还要许多时间。

■ 施克强：

三位嘉宾百忙之中参加我们的法律咖吧，并且给出了很多建设性意见，非常感谢你们的参与。

※ 根据录音整理 系嘉宾个人观点

香港大律师之窗

境外公司、香港公司及破产法

（三）何时行使有关管辖权

——资不抵债，及保障债权人利益（下）

■文 | 香港德辅大律师事务所

上文解释到如何在境外法庭作出申请，然后再与香港法庭申请特定的救济或承认境外清盘人的权力的方式。本文继续探讨如何根据香港法例《清盘条例》第 327 条在香港法庭申请独立的清盘令而无需事先在公司的注册地提出任何清盘呈请。



王鸣峰 / 博士 资深大律师
香港大律师公会中国业务发展
委员会主席、上海通力律师事
务所法律顾问



刘祉仁 / 大律师
香港大律师公会新晋大律师委
员会委员、上海宏仑宇君律师
事务所法律顾问



陆栩然 / 大律师
香港大律师公会中国业务发展
委员会委员、上海汉盛律师事
务所法律顾问

基于上文已提到的住所地原则，法庭一般不愿意行使酌情权颁发清盘令。英国上诉法院法官 Morritt 大法官在 *Stocznia Gdanska SA v Latreefers Inc (No 2)*¹ 案中第 22 段指出行使此一管辖权是“非常规”的，而且呈请人所依据的联系必须“足以支持法庭对一家表面上不在法庭管辖权内的公司启动清盘程序”。此外，法庭会考虑到一个独立的清盘令可能会和主要管辖区下的清盘程序产生冲突²。

因此，虽然法例条文没有明确要求，但法庭在考虑是否行使其酌情权时会特别考虑三个要点。就核心考虑一而言，这便是在《镛记》一案中一个主要的争辩范围。终审法院在其判案书中亦就该条件的规范及演绎作出了宝贵的解释。

其中，法庭强调：第一，这三个考虑点是关乎法庭是否行使其酌情权，而并非牵涉法庭是否拥有管辖权。作者在早前的文章里亦已解释到酌情权及管辖权之间的区别；第二，这三个考虑因素是存在一定重叠的空间；与此同时，法庭亦不是要求有关申请必定满足所有的考虑要点。例如，若公司在境内拥有资产，这亦表示境内颁布的清盘令亦应该有利于作出呈请的债权人，但有关的债权人亦不一定是位于境内的。

因此，终审法院在判词第 24 段便解释到，在断定是否在一个公司成立地以外地方颁令清盘令，法庭需考虑到涉案公司是否与有关的管辖区存在充分的联系。例如，有关的镛记公司是在英属处女岛成立的，因此法庭需要考虑公司是否与香港有着充分的联系。而其中一个通常需要（而亦可足够支持作出清盘令）的考虑是，在合理情况下，呈请人是否将受益于有关的清盘令，例如透过分成公司余下资产。

在了解以下三个考虑因素时，读者必须谨记终审法院以上的解释，并不要把有关的考虑因素看成必定需要满足的先要条件。

考虑 1：充分联系：法庭会考虑公司及 / 或其被要求清偿的债务与香港是否有充分联系。

没有一个单一或组合的标准会被认为能够满足这项条件：法庭会在每一件案件根据所提交的证据作出判断。但是，可以确定的是，如果司法管辖区和境外公司之间没有任何联系（除了呈请人在此管辖区提出清盘呈请之外），法院应不会对该境外公司行使管辖权³。

根据案例，判断是否有联系的因素可以包括但不限于以下各项：

(a) 管辖区内存在资产：虽然这不是必要条件，但却是判断是否存在充分关联最常用的标准⁴；(b) 在提出呈请时存在预期会进入管辖区的资产，且在呈请聆讯进行时管辖区内存在资产⁵；(c) 如管辖区内存在公司资产，该资产不必是“商业”资产或显示该公司原来在本地经营的资产。该资产不必是公司清盘时清盘人会分配予债权人的资产⁶；(d) 该公司 (i) 是国外注册公司且该公司的最终母公司在香港交易所上市；(ii) 主要营业地点在香港；及 (iii) 创办主席及董事长均持有香港身份证及曾在香港居住；(e) 颁发清盘令会使得在当地管辖区内的某一资产自动归属于呈请人⁷；(f) 该公司在管辖区里积极经营并承担经营债务⁸；(g) 呈请所依据的债务是在管辖区里谈判、签订并需要在管辖区内履行的⁹；(h) 该公司曾在管辖区内经营：所有董事及高级人员均在该管辖区居住，该公司所有被知悉的银行账户均在管辖区内，该公司的经营决策均在管辖区内作出，除了少数例外等¹⁰；(i) 呈请人为债权人的债务的所有谈判均在管辖区内进行及

1.[2001] 2 BCLC 116

2.Re Pioneer Iron And Steel Group Co Ltd HCCW 322/2010 (6 March 2013, unrep.) at [29]

3.Re Yung Kee Holdings Ltd [2014] 2 HKLRD 313 at [42]

4.In Re Eloc Electro-Optieck and Communicatie B.V [1981] All ER 1111

5.Re Irish Shipping Ltd [1985] HKLR 437 at 444

6.In re Compania Merabello San Nicholas SA [1972] All ER 448

7.同上 at 458

8.International Westminster Bank plc v Okeanos Maritime Corp [1987] BCLC 450 at 460

9.同上

10.同上 at 464

11.同上

所有债务文件均在管辖区内签订¹¹；(j) 如一家被申请清盘的境外公司有部分业务在英国：(一) 该等业是通过英国投资银行提供的贷款或协助开展的；(二) 该业务通过欺诈的方式进行；(三) 英国境内的投资银行员工曾对欺诈提供协助（无论该员工是否知道实情）¹²；(k) 该境外公司的唯一商业目的是订立若干造船合同，而呈请是依据该等造船合同且该等合同受英国法律管辖¹³；(l) 量债权人或其分支机构在管辖区内¹⁴；(m) 主要债权人身处当地¹⁵。

考虑 2：清盘令对呈请人有利：可在香港进行适当调查此一优势足以满足此一元素¹⁶。其他满足有利条件的案例包括：(a) 在香港取回公司资产的需要；(b) 保持公司在香港上市的状态的需要¹⁷；(b) 考虑到公司与其子公司的密切程度，在香港颁发清盘令有助于快捷及有效地管理公司资产¹⁸。

考虑 3：对特定人士享有管辖权：此处所指的是“对适当的资产分配有所关注或有利害关系的人士享有管辖权或该等人士愿意接受管辖”。这是为了确保法院只会颁发有实际效果的命令¹⁹。此一关联因素的主要目的是证明存在会因清盘令的颁发而受益的人士或者基于各种原因有资格申请对境外公司进行清盘的人士。

要满足考虑条件 3，需要证明存在和管辖区有充分联系的该等人士（在颁发清盘令后将受法院管辖的、提交了债务证明的呈请人或债权人除外）及对公司清盘具有经济利害关系的人士，便会支持香港法院颁发一个会启动香港清盘制度的命令²⁰。一般情况下，有一位或数位持有重大数额债务的债权人就能满足此条件。而在本地的债务的数额是否重大，则取决于公司的债务总额和本地债权人持有的债务总额。

虽然大部分案例所涉及的公司都是在离岸普通法司法管辖区成立，但早前有一个案例涉及在内地境内成立的一家公司，并应用到以上提及的法律原则及考虑。

这个案例是 *Re Insigma Technology Co Ltd*²¹。涉案公司在中国成立，并在上海证券交易所上市。该案中的清盘呈请是根据《清盘条例》第 327(3) 条，以公司无力清偿仲裁裁决项下的债务为由提出的。有趣的地方是该仲裁裁决在中国法院既不被承认，亦不可被强制执行，因此无法在内地对该公司提出破产申请。

夏利士法官指出了所寻求的救济的奇特之处：由于该公司的注册地在内地，如果香港法院对其颁发清盘令，其效果是使得香港的清盘制度适用于一个中国法院不会对其颁发破产令的内地公司。他指出，在这样的情况下，需要有特殊的事实理由法院才可以颁发这样的命令。他认为特殊的事实包括但不限于：公司在香港有显著的规模和债权人，以至于所寻求的清盘有着本地清盘的特点，而且，从商业和从香港的角度出发，案件需要在实际涉及对香港业务的清盘²²。

法院适用了上文提到的三项考虑条件，并以该案事实并未满足此三项为由驳回了该案的呈请——该公司大部分的业务都在中国，而该公司跟香港的联系仅限于其在一家香港公司持有股份，而且该等股份只占公司的资产和业务中相当小的一部分。此外，法院拒绝接纳在香港颁发清盘令会使得香港的清盘令在中国可被承认和强制执行此一主张。法院指出这个主张“完全不实际”²³。

Re Insigma Technology Co Ltd 是在《镛记案》之前所判决的。有见及此，若再有衍生类似的案情，现在的结果亦可能变得有所不同，而法庭亦未必因为案情未能满足以上三项考虑而被驳回。

12. *Re Mid East Trading Ltd* [1997] 3 All ER 481 at 491

13. *Re Latreefers Inc* [1999] 1 BCLC 271

14. *Re Drax Holdings Ltd* [2004] 1 All ER 903 at [33]

15. *Re Beauty China Holdings Ltd* [2009] 6 HKC 251 at [25]

16. *Re China Medical Technologies, Inc.* [2014] 2 HKLRD 997 at [62]

17. *Perfect Direct Ltd And Another v. Dejin Resources Group Co Ltd* HCCW 76/2014 (19 June 2015, unrep.) at [55]

18. *Re Beauty China Holdings Ltd* [2009] 6 HKC 351 at [50] to [51]

19. *Re Rodenstock GmbH* [2011] Bus LR 1245 at [21]; *Re China Medical Technologies, Inc.* [2014] 2 HKLRD 997

20. *Re China Medical Technologies, Inc.* [2014] 2 HKLRD 997 at [48]

21. HCCW 224/2013 (15 October 2014, unrep.)

22. 同上, [6]

23. 同上, [14]

我的执业关键词

■文 | 于浩冉



我的办案关键词：**准备充分**

作为青年律师，我们的办案经验、生活阅历，远不如知名律师。要在这个行业有一席之地，青年律师一定要提高服务质量，方法之一即为准备充分。借此机会就我们团队在接案前以及开庭前的准备工作与各位同仁分享。

（一）接案前的准备工作

对于独立执业的青年律师，行业竞争大、办案经验少、缺少人脉，使得我们接案面临很大困难。那么我是如何解决这个问题呢？答案是充分的准备工作。当事人遇到法律问题一般会先电话咨询律师，之后来律所面谈。对于一般的案件，在接见当事人前，我们团队会就案件进行初步讨论，搜索相关法条与案例，并将所需证据以及所要了解的问题整理成书面材料，提供给当事人；对

于疑难复杂案件，我们还会就办案思路与观点出具法律意见书。充分的准备工作能提高青年律师对于案件判断的准确度，给当事人留下专业化服务的印象，为律师服务增光添彩。

（二）开庭前的准备工作

庭审经验是需要积累的，作为执业初期的青年律师因缺乏经验庭审时往往会紧张，因此做好充分的准备工作可以缓解紧张程度，让开庭游刃有余，提高自信心。那么我们在开庭前会做哪些准备工作呢？第一、开庭意见书面化。庭审中会涉及答辩、质证、问答、辩论等环节，凡是需要律师发言的，我们都会形成书面稿。第二、整理归纳对方观点。作为诉讼一方，除了整理己方观点外，我们还会设想对方可能提出的观点，仔细研究分析，以

备当庭反驳。第三、模拟庭审。对于一些疑难复杂案件，我们团队会指派一名律师假设作为对方的代理人，站在对方的立场，从质证到辩论，进行模拟庭审，同时也会邀请当事人前来参与。因此，经过庭前充分准备，再复杂的案件我们都会信心满满。只要充分熟悉证据材料，理清辩论思路，青年律师庭审的发挥可能会比知名律师更胜一筹。

我的成功秘笈：**热爱与尊重**

职场成功秘笈：爱上你的职业。就我个人而言，我非常热爱律师这个行业，特别是诉讼律师。作为一名执业律师，我和我的家人也为此感到自豪。同时，我也非常尊敬这个行业，因为这个行业让我获得智慧与坚韧。

专业的着装是我对律师职业热爱与尊重的外在表现之一。专业着装能给客户留下好印象，同时也能给青年律师带来执业专业化的自我认可，而这种自我认可对增强办案自信心是颇有益处的。我认为，青年律师应当抱有对律师行业（具体地说自己这份工作）尊重，甚至是敬畏的态度，而专业着装则是这种态度的最直观表现之一。大家可以通过一些美剧，例如 suits，学习打理自己的着装。

对于工作从不抱怨也是我热爱律师职业的另一表现。律师这个职业是有压力的，第一次谈判或开庭、案件的败诉、当事人的唠唠叨叨、相关部门的蛮横态度，都会给我们工作带来巨大压力。面对压力，我不会去抱怨，会把此作为一种历练。当你决定终身从事律师职业时，你会把这些压力作为资本，甚至是一种享受。充满正能量地坚持走下去，我相信我的执业道路会愈加光明。



于浩冉 律师
上海福一律师事务所合伙人。2010年正式执业，2013年留学美国。

我的执业心态：**不急于求成**

想做好事，先做好人。做人的关键在于心态，放平心态，会让执业更加轻松。

我曾是一个急于求成的典范。毕业通过司考，进入律所，一切看似顺利；工作没多久就想成功，引人注目。急于求成的心态让我办案非常浮躁，总会在一些细枝末节上钻研半天，突显自己的不同，经常事倍功半，工作时间长但效果甚微。

经过一次次的碰壁和挫折，我开始调整自己的心态。首先，我认真地规划了未来发展方向，根据自身情况，我选择劳动法作为专业发展方向并潜心研究，专业发展让我执业愈加轻松与踏实；其次，积极参加社会活动，进行体育锻炼，让自己的生活更健康丰富；此外，我还经常与师兄、长辈聊天，听取他人的意见，无论工作还是生活，都收获颇丰。

千里之行，始于足下。放平心态，脚踏实地，未来必将属于我们！

链家“首付贷”，简单禁止是否够了

■文 | 陈鸣飞

在对房价上涨的恐慌心态和对中介服务不满情绪的双重作用下，这个初春出现的消费者投诉，无疑将北京链家房地产经纪有限公司（以下简称链家地产）祭在了炙烤架上。链家地产对事件的积极回应态度，在这样一个时点，让我们得已看到非常成熟的房地产中介（居间）服务和尚不成熟的互联网金融服务联合以后所显示的巨大冲击力。



陈鸣飞

上海瑾之润律师事务所律师，上海市律师协会房地产业务研究委员会委员。业务方向：房地产法、公司法、诉讼仲裁

两起居间纠纷案件

单纯从居间关系的角度，庄先生和黄先生在链家地产所遭遇到的情况，权利义务关系并不复杂。庄先生的情况是，在签订定金合同时，链家地产没有将房屋权利限制（即抵押）的真实情况告知庄先生，导致其支付定金后才发现所购房屋除公积金贷款抵押外，还存在个人借款抵押，而该个人借款正是链家经纪人介绍的行为。

《合同法》第四百二十五条第二款规定，居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。

链家地产明知其所介绍交易的房屋存在个人借款抵押，为了促成交易而故意隐瞒该情况，违反了上述规定，不得要求庄先生支付佣金，如造成庄先生损失的，链家地产还应承担损害赔偿责任。

第二起案件稍微复杂一些。黄先生投诉的情况是，链家地产在交易前虽告知房屋存在抵押，但未告知抵押贷款的具体金额。黄先生支付首付后房屋被法院查封，无法交易。通过黄先生的努力解封后，链家地产却要求黄先生一次性付清全部房款才能交易，导致黄先生只能无奈接受链家地产介绍的借款人垫资，被收取月息高达1.6%的高额利息。

在第二个案件中，仍然存在和第一个案件一样的情况，即链家地产没有将房屋抵押情况如实告知客户。不一样的情况则是，当黄先生选择继续交易时，遭受了链家地产介绍的高额利率借款的盘剥。至于该房屋在交易过程出现的被第三方查封的情况，由于是突发事件，链家地产事先并不知情，故很难认为应当归责于链家地产。

居间者的信息披露义务

从以上两则案件来看，链家地产对未披露房屋抵押的真实情况存在过错，甚至有故意隐瞒的情况，这已经违反了《合同法》第四百二十五条的规定，应当对客户损失承担损害赔偿责任。从《合同法》第四百二十五条条文的表面意思出发，居间者承担赔偿责任的必要条件，是存在“故意”隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况之情形，如无“故意”的主观状态，该条应无适用余地。

那么在以上两则案件中，链家地产是否存在“故意隐瞒”的主观状态呢？在庄先生的案件中，卖方房屋除了贷款抵押以外，还存在借款抵押，而借款正是链家经纪人介绍的，于是可以推定链家地产对借款抵押是明知的，明知而不告知买方客户，符合“故意隐瞒”的主观状态。但在黄先生的案件中，情况则复杂一些，黄先生认可链家地产向其披露了按揭贷款，但在签订合同后才发现这套房屋设定抵押的贷款

有340万元，链家地产对此是否明知呢？或是否可以推定链家地产明知呢？如果可以推定，则居间者也符合“明知而未告知”的状态，构成“故意隐瞒”；如果不能推定，则不一定构成“故意隐瞒”，还要进一步举证居间方是否实际明知，而这一点通常难以证明。

在实际操作中，上述问题可以用另一个问题来代替，即买卖客户签订《定金合同》或《买卖合同》前，是否有义务进行产权调查（中介业内的说法叫“拉产调”），如果有义务，则不管实际是否作为，都可以推定居间者明知抵押状况；如果没有义务，则不能推定为明知。

关于居间者产权调查的时间，并无法律规定。司法实践中，一般认为中介机构的专业性要求其在客户签订《定金合同》或《买卖合同》前进行产权调查并告知客户，如未调查，则居间义务存在瑕疵，但是，未调查造成客户损失时，是否可以认定居间者“故意隐瞒”则未有定论。对此，笔者观点是折衷的，签订《定金合同》和《买卖合同》前，中介机构都应进行产权调查并告知客户，但签订《定金合同》前未调查，中介机构仅承担减少佣金的责任，签订《买卖合同》前未调查，则可以推定中介机构知道或应当知道产权状况，由此造成客户损失的，中介机构应当承担赔偿责任，但赔偿多少应结合卖方的过错情况综合考量。

链家的金融业务

如果仅仅是居间纠纷个案，链家地产在此次被投诉后决不至于受到如此关注。链家地产之所以被反复讨论，一半以上的原因出于其提供的金融服务。链家地产通过其搭建的互联网金融平台（P2P平台）“链家理财”，一端连接了投资者，另一端连接了房地产交易客户。

在“链家理财”平台上出现的投资产品，主要是“家多宝”和“定期宝”，而“定期宝”又是指在一定时间段内反复投资“家多宝”的理财产品，因此，只要讨论“家多宝”的运作方式即可了解“链家理财”的业务模式。“家多宝”是指投资者向房屋转让的买方或卖方提供短期借款，收取固定利息的理财产品。根据“链家理财”平台上的信息，具体可分以下几类（右图）：

产品名称	内容描述	简称
家多宝1号 家多宝10号	在链家房屋买卖交易过程中，借款人需要筹集资金用于支付购房首付款，因此将另外一套房产抵押所产生的借款项目，其中1号所购房屋为二手房，10号所购房屋为新房	首付贷
家多宝2号	在链家房屋买卖交易过程中，借款人已取得银行批贷函，但由于银行未按预期时间放款，因此需要借钱支付购房所需尾款所产生的借款项目	尾款贷
家多宝5号 家多宝8号	指借款人将房产抵押，获得短期资金周转的借款项目，其中5号借款用途为个人家庭消费，8号借款用途为生产经营	周转贷
家多宝9号	卖方为付清所出售或抵押房屋的贷款本息并注销抵押登记，将房产证赎出，以便房屋进行出售过户或再次贷款而产生的借款项目	赎楼贷

每个“家多宝”产品的投资人（出借人）为几人至几十人，借款总额为几十万元至几百万元不等，借款时间为短期，多为90天以下，年化利率为6.48%至10%不等。在合同组成上，首先由借款人（甲方）、链家地产（乙方）、中融信担保（丙方）三方签订《借款及担保协议》。《借款及担保协议》约定：

甲方有借款需要，有意建立借款关系，乙方在“链家网”发布借款信息，为借款方推荐投资人，丙方为甲方实现成功借款出具担保及审核意见；

甲方必须按期足额向投资人偿还本金和利息；

甲方必须按期足额向乙方、丙方支付服务费用及担保评审费用；

甲方逾期未还款导致丙方向投资人履行担保代偿义务后，则自然享有甲方相应的债权及因借款方逾期而带来的违约金及罚息等其他费用。

其次,由链家地产审核借款人的房屋买卖合同、银行批贷函、房产证、房屋产权公证书、房产评估报告、个人征信报告等文件,以确定借款的安全性。再次,由链家地产在网上发布募集信息,投资者认购产品,提供借款。投资者的认购又分两种,一种是直接认购某一个借款人的单笔借款,另一种是认购“定期宝”,即投资者委托链家地产自动购买“家多宝”散标,投资人购买“定期宝”后,在理财期限范围内,投资的回款本金将循环投资直到结束。投资者购买“定期宝”需要签订《定期宝服务协议》,也是由投资人(甲方)、链家地产(乙方)、中融信担保¹(丙方)三方签约。《定期宝服务协议》约定:

甲方有闲置资金,有投资理财需求,有意作为投资人与借款方建立借贷关系,乙方通过链家理财平台为互联网环境下自然人之间的借贷交易提供信息中介和居间撮合服务,丙方为借款方借款行为出具担保及审核意见。

甲方加入本期定期宝后,甲方即可通过系统在本协议项下甲方认可的投资范围内进行优先自动投标。并授权乙方通过链家理财网站系统以甲方名义代为签署相关借款协议、债权转让协议;甲方对此等自动投标和授权签署相关借款协议、债权转让协议之安排已充分知悉并理解;授权乙方签署的借款协议、债权转让协议均视为甲方真实意思的表示,甲方对该等法律文件的效力均予以认可且无任何异议,并无条件接受该等自动签署的借款协议、债权转让协议之约束。乙方即可根据该等协议和本协议相关约定,对相关款项进行划扣、支付、冻结以及行使其他权利,甲方对此均予以接受和认可。

甲方加入资金通过自动优先投标出借或购买已有债权后,各笔借款每期偿还的利息在合并计提当期管理费用后的剩余部分将作为定期宝的收益支付给甲方。

在这个过程中,链家地产的收入来源,是借款人支付的“服务费”和投资人支付的“管理费”,中融信担保的收入来源,则是借款人支付的“担保评审费用”。

中介业务与金融业务的互补与冲突

在传统的中介业务上,有几个环节确实存在着因为支付和交易不能无缝衔接而产生的短期融资/资金监管需求。第一,买方支付首付款到卖方解除抵押权不能无缝衔接。在交易房屋的贷款未还清时,买方支付的首付款可以用于卖方还清贷款、解除抵押。但因还贷都由卖方操作,买方难以监控,谨慎的买方由于担心卖方收取首付后不用于还贷,一般希望将首付款由第三方监管后,卖方自行筹款解除抵押,而卖方又无能力自筹资金,这便产生了需要短期借款融资的需求。第二,变更登记(过户)申请到变更登记核准不能无缝衔接。这一期间房屋仍属于登记在卖方名下,如果出现因卖方原因房屋被法院查封的情况,过户将无法继续进行。基于安全性考虑,谨慎的买方希望将房款由第三方监管,待变更登记核准后再向卖方支付。第三,变更登记申请和买方支付贷款不能无缝衔接。由于贷款银行要求抵押权设立(即取得他项权证)后才向卖方放款,而双方申请过户登记后卖方就已经失去了对房屋产权上的主动权,谨慎的卖方由于担心买方的银行贷款不能按时支付,要求买方自筹资金先行支付或进行第三方监管,从而产生的短期融资需求。

链家地产的金融产品,正是瞄准了上述融资需求而推出的。提供给卖方解除抵押的是“赎楼贷”,提供给买方用于先行替代银行贷款的是“尾款贷”,“赎楼贷”和“尾款贷”解决了买卖双方互不信任时的资金安全问题,加上资金监管服务,可以促使交易顺畅,与传统中介业务有很强的互补性。

但同时,金融业务与中介业务在特定条件下也会产生冲突。庄先生投诉的情况即为一例,当卖方的借款抵押都由链家地产操作时,链家地产很自然地认为这个抵押不会对接下来的交易构成障碍,为了促成交易,链家地产没有动力将该抵押情况向买方披露,而产生了买方的投诉。另一个冲突的情况是“首付贷”,当链家地产向买方客户介绍了“首付贷”后,为了保证首付资金的安全,在卖方抵押还未解除时,必然要求卖方先使用“赎楼贷”,从而增加中介业务的复杂程度。可以推断,随着链家地

产金融业务利润比重的逐渐上升, 难免出现在个案当中金融业务与中介业务争利的情况。

总体而言, “链家理财” 给中介业务带来的益处多于其害处。而且, 其害处也可以通过各种措施来减少。从自律方面, 中介机构可以制定规章制度, 规定在客户签订《定金合同》和《买卖合同》之前, 必须进行产权调查并告知客户调查结果。从他律方面, 可以进一步分离两个服务主体, 规定一个法人主体不得同时经营房屋中介和金融中介业务, 以避免利益冲突和捆绑销售。

链家金融的合规性

链家地产搭建的“链家理财”属于网络借贷的交易平台(P2P), 因规模迅速扩大, 其合规性(是否符合法律、法规、规范性文件规定)也倍受关注。

首先, 主体方面, 我国对金融机构准入实行严格的行政许可制度², 但在互联网金融领域, 并不认为网络平台是金融机构, 无须审批即可开展业务。因此链家地产虽没有《金融许可证》但仍是符合规定的经营主体。

其次, 支付方面, 根据链家地产发布的声明, 链家理财的支付通道和账户托管服务, 均由易智付科技(北京)有限公司(首信易支付)提供, 而“首信易支付”已经取得中国人民银行颁发的《支付业务许可证》, 在支付和资金托管上, 链家地产仍是合规的。

然而, 在业务方面, 链家地产的合规性就要受到考验了。根据《关于促进互联网健康发展的指导意见》规定, 个体网络借贷要坚持平台功能, 为投资方和融资方提供信息交互、撮合、资信评估等中介服务; 个体网络借贷机构要明确信息中介性质, 主要为借贷双方的直接借贷提供信息服务, 不得提供增信服务, 不得非法集资。链家地产提供的“家多宝”产品, 虽然是撮合投资人与借款人达成民间借贷合同, 但由中融信担保公司向投资人提供担保, 提供了增信服务, 违反了《指导意见》的规定。

链家地产“定期宝”产品, 要求投资者投入资金达到一定期限, 在该期限内委托链家地产自动循环购买“家多宝”散标, 链家地产与“定期宝”投资者约定预期收益, 期满不足预期收益者, 由中融信担保公司向投资人担保支付, 超过预期收益者, 超过部分完全作为链家地产的管理费, 该产品模式类似于银行吸储和放贷, 亦违反了《指导意见》的规定。

首付贷的禁止与监管

“首付贷”项目编号为“家多宝1号/10号”, 在链家地产提供的金融产品中占有重要的地位, 链家地产前期所发布的项目均为“首付贷”。“首付贷”是指借款人需要筹集资金用于支付购房首付款, 故将其另外一套房产抵押, 借入首付款的借款项目。

“首付贷”的大量出现, 可能增加银行贷款的系统风险。原因是, 银行向购房人发放抵押贷款时对借款人还款能力的凭估, 是建立在借款人有能力支付首付的前提下的。借款人通过网络平台建立的民间借贷关系不为银行所知, 导致银行不能正确地评估借款人的还款能力, 使坏账风险上升。这种借贷如果规模小还不至于对于银行的整体风险造成影响, 但如借助网络平台大规模推开, 则银行贷款的整体风险将上升。尤其在房价非理性上涨的市场形势下, “首付贷”容易成为套贷的工具, 即利用阴阳合同虚假提高交易价格, 再使用虚高价格下取得的贷款偿还“首付贷”。

但是, 对“首付贷”交易简单禁止并无效果。因为借款方系用其另外一套房产抵押借入资金, 如果禁止“首付贷”, 这种交易非常容易变身成为“消费贷”、“周转贷”, 但借款的用途仍然是支付首付款, 所造成的影响也不会减弱。因此从监管上, 只有要求网络平台将贷款数据共享给银行, 才能带来彻底的规范, 但此举这是否会损害互联网金融的活力, 仍是一个值得研究的问题。

1 即北京中融信担保有限公司, 北京链家房地产经纪有限公司全资子公司, 经营范围含有经济合同担保(不含融资性担保)

2 中国人民银行《金融机构管理规定》第六条规定: 中国人民银行对金融机构实行许可证制度。对具有法人资格的金融机构颁发《金融机构法人许可证》, 对不具备法人资格的金融机构颁发《金融机构营业许可证》。未取得许可证者, 一律不得经营金融业务。

布方案包括征收的目的、征收范围、实施时间、补偿方式等。政府还要召开听证会,进行风险评估,修改征收方案等等。

3. 合理补偿方案决定了征收的合法性

对于被征收人公平的补偿,是征收行为合理性、合法性的前提,否则,变成了对于公民合法财产的剥夺,违反了宪法保护人权和保护合法财产的原则,也违背了政府保障公民合法财产的职责。笔者认为,小区道路公共化的征收补偿方案,考虑的因素将包括:

(1) 征收的具体范围:如果征收全部小区内部道路,则打开围墙、实现“街区制”管理成为可能。但是如果仅是征收部分道路,则未征收部分的土地使用权仍属于业主共有,业主仍有权就决定为征收部分土地的利用方式,例如,未征收部分的封闭式管理,即将一个住宅小区,划分为若干个封闭式的小区,这样虽然实现了交通上的通行,但是,并不能实现“街区制”的实现。

(2) 土地使用权以及地上建筑的价值:商品住宅小区的土地使用权是通过出让方式,开发商向土地管理部门缴纳土地出让金获得土地使用权,开发商在土地上建造房屋、道路等公共设施。购房人支付的购房款中,包含了房屋、土地、公共设施设备、道路、绿化等各种成本费用。国家征收涉及到土地使用权以及地上建筑、道路的价值评估与补偿。

(3) 房屋价值变化:决定房价的因素包括户型、楼层、朝向、交通、装修、周边环境、周边设备。内部道路公共化势必影响周边环境,例如环保噪音、居住私密性、交通安全等变化。环境越好、安保越严的小区,房价越贵。居住环境变化,不仅影响生活,房屋价值也将产生变化。如何公平、合理评估道路公共化后房屋价值的变化,是对于业主进行补偿的前提,也是评判征收补偿是否合法的前提。

(4) 被补偿对象:土地使用权和道路属于业主共有,但是小区内部道路公开化之后,各业主受到影响的程度不同,越是临近被公共化的道路的业主,受到的影响越大。笔者认为,在确定补偿对象时,应区分个体收到影响程度不同,部分补偿款作为公共维修基金,但是部分作为对于

个体业主房屋价值贬损或者权利受到影响的价值补偿。

(5) 公共化后物业管理范围变化以及费用承担:在封闭小区的模式下,整个小区范围内的卫生、绿化、治安以及公共设施设备均属于建筑区划物业管理范围,业主缴纳物业管理费,物业服务公司负责实施物业管理工作。道路公共化之后,小区向社会公众开放,物业管理范围发生变化:公共区域缩小,公共设施设备重新划定,如何做好居住小区的安保、公共卫生、公共绿化以及公共设施设备的安全、维护工作,例如,增强安保系统的建设,门禁系统与监控系统的增设与完善,特别是相关费用的承担,也应是政府征收中应该考虑的因素。

(三) 政府的权利约束

根据《国有土地上房屋征收和补偿条例》规定:“市、县级人民政府作出房屋征收决定后应当及时公告。公告应当载明征收补偿方案和行政复议、行政诉讼权利等事项”。“被征收人对市、县级人民政府作出的房屋征收决定不服的,可以依法申请行政复议,也可以依法提起行政诉讼”。

在现有的以上法律框架下,征收中政府既是征收人,也是裁判者。如何处理好作为征收人的政府与被征收人的关系,约束政府的行为,平衡征收中参与各方的利益,促进征收公平、公正、合法进行,将是保证征收顺利开展的前提。如果被征收人的合法权益得不到应有保护,则可能对征收产生抵触情绪,不但会导致道路交通规划无法按计划完成,还会造成较为严重的社会问题。在征收活动中,政府应当站在公正公平的立场,维护被征收人和征收人的利益。

结语

综上所述,笔者认为,小区内部道路公共化有其法律依据,但是,无论是小区居民“自主公共化”,或者国家通过征收方式强制实现道路公共化,都应该按照法律的原则和程序处理,其中如何合法、公平、合理地实现道路公共化,如何在道路公共化的过程中,维护合法财产权,避免合法权利受到侵犯,将是亟待解决的问题,希望尽早通过立法的形式解决。

① 《物权法论》王利明 P344

② 《国家征收征用补偿制度的宪法依据和理论基础探讨》 2006年5月《学习论坛》第22卷第5期

③ 《公益征收及其补偿制度研究》 王晴颖 P9

小区内部道路公共化改造之法律探讨

■文 | 吴燕华

2016年2月6日国务院下发了《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》(下称《若干意见》)第十六条规定:“新建住宅要推广街区制,原则上不再建设封闭住宅小区。已建成的住宅小区和单位大院要逐步打开,实现内部道路公共化,解决交通路网布局问题,促进土地节约利用。”一石激起千层浪,该政策刚刚发布,关于“小区拆围墙”的各种解读、议论充斥于各大媒体、微博、微信,支持者有之,认为可以带动商业繁盛,改善邻里关系,有利穿行便利,缓解交通压力。但大部分是质疑之声,直指该政策与现行的《物权法》中关于“(小区)建筑区划内的道路,属于业主共有”的规定相冲突,侵犯公民财产权。

最高法在新闻发布会上关于小区拆围墙予以回应为“党中央、国务院提出的这一意见属于党和国家政策的层面,涉及包括业主在内的有关主体的权益保障问题,还有一个通过立法实现法治化的过程。”

那么,住宅小区内部道路公共化,这个将通过立法实现法治化的过程中,将面临那些法律问题呢?本文尝试从法律角度进行专业分析。

小区道路以及道路所占用的土地使用权的归属

(一) 建筑区域与住宅小区的关系

《若干意见》规定“住宅小区”要“逐步打开,实现内部道路公开化”,《物权法》规定“建筑区划内的道路,属于业主共有”。《若干意见》中的“住宅小区”与《物权法》中的“建筑区划”是否为同一范围?

我国实行土地所有权和使用权分离的制度。城市土地所有权属于国家所有,房地产开发企业开发房地产,先通过与国家土地管理部门签署土地使用权出让合同的方式,取得一定年限的土地使用权,并取得土地使用权证书。根据《土地登记办法》的规定,土地使用权以“宗地”为单位登记,“宗地是指土地权属界

线封闭的地块或者空间”,即俗称“红线”内的土地,为“宗地”。一般一个宗地作为一个住宅小区,这是目前小区划分的最常见的形式。但是也有可能同一开发企业或者不同开发企业取得的相邻宗地的使用权,被规划为同一住宅小区。“建筑区划”出现在《物权法》以及《不动产登记条例》中,但并没有关于该概念的法定解释。笔者理解,在住宅建筑中,“建筑规划”应与“住宅小区”为同一概念。

(二) 小区道路以及道路所占用的土地使用权为业主共有

根据《物权法》规定“建筑区划内的道路,属于业主共有,但是属于城镇公共道路的除外”。以及《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》也规定“建筑区划内的土地,依法由业主共同享有建设用地使用权”。住宅小区的土地使用权分为3类:

第一类:业主专有的整栋建筑物的规划占地。例如独栋别墅的规划占地面积范围内的土地使用权,归属该业主专有,一般被登记在该房屋的产权登记簿中,且有规划红线进行分割。

第二类:城镇公共道路、绿地占地。



吴燕华

上海市光大律师事务所律师,上海市律师协会房地产业务研究委员会委员。业务方向:房地产、公司法

在出让土地时,如果规划的道路为城镇公共道路,该道路所属的土地使用权一般应该在“红线”范围外,即公共道路的土地使用权未包含在该宗地的土地使用权证书中,该部分土地的使用权属于国家。

第三类,除第一类和第二类之外的其他土地使用权,属于业主共有。鉴于“宗地”和“小区”的范围并不完全相同,笔者认为属于业主共有的道路应以“宗地”土地使用权范围作为共有业主范围的基础;如果住宅小区范围与宗地范围相同,则建设用地使用权属于小区全体业主共有;但是,如果住宅小区范围大于宗地范围,则建设用地使用权则根据宗地范围不同,分属于不同宗地范围内业主共有。

小区如果原本是封闭的,道路属于业主共有,由业主共同使用、管理,有些小区进口处挂上牌子“私家小区,禁止通行”,物业公司有权拒绝非业主进入小区。而小区道路公开,就意味着属于业主共有的土地使用权和道路被社会公众使用,变更了土地和道路的使用性质,是对于道路的处分行为。《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》规定“建设单位或者其他行为人擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动,权利人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的,人民法院应予支持。”关于属于业主共有的道路的处分以及功能的变更,应遵守法律规定,在合法的前提下进行,否则行为无效且应承担相应的责任。

小区内道路公共化的途径之一: 共有人决议

根据物权法理论,共同共有人对于共有财产享有平等的占有、使用权,对共有财产的处分,必须征得全体共有人的同意,未经全体共有人的同意而处分共有财产,在法律上是无效的^①。经过共有人讨论,就内部道路公开使用的方式、道路的管理、收益等达成一致意见,从而决定开放全部或者部分小区道路,笔者暂且定义该种方式为“内部道路自主公共化”。

内部道路自主公共化涉及的法律问题将包括以下几个方面:

(一) 业主的共同决定是自主公共化的前提

《中华人民共和国物权法》规定“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”由业主共同决定,且应当经专

有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第七条明确了“其他重大事项”的范围,即“改变共有部分的用途、利用共有部分从事经营性活动、处分共有部分,以及业主大会依法决定或者管理规约依法确定应由业主共同决定的事项,应当认定为物权法第七十六条第一款第(七)项规定的有关共有和共同管理权利的“其他重大事项”。

根据以上的规定,已经建成小区道路公共化,涉及“改变共有部分的用途”,应由业主共同决定,且应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

但是,如果住宅小区由不同的宗地构成,则在召开业主大会及作出决议时,应该考虑宗地以及共有人的范围,以将要受到影响的该宗地的业主作为共有人,而非住宅小区的全体共有人。

(二) 成本、费用以及责任的承担,将是小区内部道路自主公共化的决定性因素

根据《若干意见》的精神,内部道路公共化的目的不仅为缓解交通,更考虑开放的结果以及对于街区制社区的建立。如果为建立街区制社区的目的,则费用承担将是首先要考虑的问题。

1. 小区内部道路公共化,将涉及道路改造费用以及改造后的道路管理费用,具体为:

(1) 道路改造费:如果开放小区内部道路作为公众机动车通行,根据《中华人民共和国道路交通安全法》规定“道路”,是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方,包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。”在此种情形下,小区道路属于《中华人民共和国道路交通安全法》规定的道路范围,应该遵照《中华人民共和国道路交通安全法》的规定,包括道路应符合道路交通安全、畅通的要求,应安装信号灯等。因此,小区道路公共化首先涉及到道路改造问题,即将小区现有道路安装信号灯、交通标志等,以符合法律的相关规定。

即使仅开放作为人行道,也关系到公共设施(包括绿化、卫生、健身设施等)的利用,涉及小区治安、安全问题,涉及改造、维护成本和费用问题。

(2) 维护管理费:小区内部道路开放作为公众道路后,道路以及原小区内的公共设施使用频率、强度将增加,

损坏率将提高,修缮成本增加。此外,根据《中华人民共和国道路交通安全法》的规定,如果小区道路开放作为机动车道,其维护管理要求更加严格,例如在使用中根据实际情况以及交通事故的频率,增加交通标志、改善路况建设等,从而增加维护成本与费用。

(3) 管理职责:《中华人民共和国侵权责任法》规定“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。”道路公共化后,道路甚至包括原居住小区,因为允许社会车辆、人员通行,变为“公共场所”。法律赋予了公共场所的管理人的安全保障义务,增加了管理人的责任。

2. 道路的改造费用和责任由政府相关管理部门承担,有利于道路公共化的开展

业主同意将共有的道路向社会公众开放,放弃了财产的专有使用权,如果开放中的道路改造的费用、维护管理成本以及管理责任再由业主承担,特别是成为公共道路后的“安全保障义务”加重,也会成为影响业主同意道路公共化的障碍。而道路公共化后,道路本身为社会公众使用,承担的是社会职能,根据权利义务一致性的原则,只有道路公共化的费用由代表公共利益的政府或者社会公共管理部门承担,且相关的管理职责由公共管理部门履行,才更为公平,也能打消业主的顾虑,促进小区内部道路的公共化。

在实际操作中,可以由政府制定具体的方案,经业主大会决定通过后,政府与业主大会签署相关的协议,就改造范围、改造费用、道路权属、管理义务、道路使用限制等内容进行约定,明确各方的权利与职责。

小区内道路公共化的途径之二:国家征收

(一) 国家征收的法律依据

《宪法》规定“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”《物权法》也规定“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收单位、个人的房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,

维护被征收人的合法权益。”因此,如果不能通过业主自主同意的方式进行公共化改造,国家征收可以作为道路公共化的一种途径。

但是,国家征收是国家强制取得或者使用被征收征用人财产的行为,稍有不慎即可造成对被征收征用人合法财产的严重侵害。因此,必须严格征收征用的法定条件。

(二) 国家征收的条件和限制

各国规定国家征收征用的法定条件主要有三个:一是为了公共利益的需要;二是必须依照严格的法律程序;三是必须给予公正补偿②。

1. “公共利益”的需要的具体条件与范围

宪法以及物权法将国家征收的条件界定为“为了公共利益的需要”。但是何为“公共利益”,并没有具体的规定。《国有土地上房屋征收和补偿条例》规定将“公共利益”确定为“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等”的需要。城市交通遇到问题,需要开放道路,增强路网,缓解交通压力,是否符合“公共利益”需要的条件?再者,在小区众多、小区道路众多的情形下,如何论证开放某个小区或者某个小区的某条道路,符合“公共利益”的需要?

法律对于“公共利益”原则性的规定,为具体履行中关于价值的判断、价值的取舍等的判断,赋予了国家征收的实施者一定自由裁量权。对于被征收者或者社会公众,如何限制“社会公众利益”这一弹性的法律概念,避免国家征收变成无限扩张、率性而为、侵犯公民财产权,将是应该关注的问题③。

笔者认为,“公共利益的需要”应该从征收的必要性、改造的成本最小化、改造受到影响的居民最小化等要素进行论证。例如,开放道路的必要性和迫切性,尽量开放小区距离居住房屋最远的道路或者重新建造道路,选择最短距离或者最小改造成本的道路或者土地等。

2. 征收必须有严格的法定程序

宪法和物权法仅规定了国家征收的原则,但没有国家征收的具体程序。根据《国有土地上房屋征收和补偿条例》规定,“市、县级人民政府应当将征求意见情况和根据公众意见修改的情况及时公布。因旧城区改建需要征收房屋,多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的,市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会,并根据听证会情况修改方案。”根据该规定,“发布方案、征询意见”是征收的必要条件。发

合同视角下房产中介的义务与法律责任

■文 | 张奎

2016年2月23日,上海市消保委在其召开的月度新闻通气会上,发布了上海市房产中介消费者满意度调查报告,并安排购房者一方陈述两件与房产中介公司“链家”相关的纠纷,同时安排了记者与“链家”代表的答问环节(注:链家是北京链家房地产经纪有限公司的注册商标,德佑房地产经纪有限公司系其2015年在上海并购的全资子公司,本文所称链家仅指该上海子公司)。

与会购房者陈述的“链家出售问题房源”、“推销高息贷款垫资”等信息,经由电视、报纸、网络、微信等媒体的报道和传播,使得链家及其所属的房产中介行业,又一次站到了风口浪尖。

链家是否在签约前向购房者隐瞒房屋存在抵押的信息,是否从事借用员工名义向不特定购房者放贷的非法经营行为,尚待行政部门、司法机关的调查核实。从预防纠纷的角度而言,仍有更多问题值得探讨。

二手房交易过程中,房屋买方、卖方与中介方之间的法律关系,是居间合同关系。因此,在法治的思维之下,从合同视角考察房产中介的行为,或许比“媒治”更有助于相关纠纷的预防 and 解决。

房产中介在缔约过程中的如实报告、促成交易义务

居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。

居间合同具有双务有偿的特征,是一种特殊的委托合同。委托人与居间人理应和谐共处,但仅仅一成的满意率则反映事实并非如此。此次消保委在新闻通气会中指出,投诉产生的原因主要是:(1)中介利用信息不对称的优势,侵害消费者的权益。如中介未提前告知重要事项,或作出不实承诺,导致消费者交易失败或财产损失。(2)中介刻意隐瞒的重要事项,影响消费者做决策。主要包括房源信息比如违章建筑、房型、面积、产权性质、年限、抵押情况、质量、装修状况、学区房、户口),以及购房人资格(包括限购、税收、贷款额度)等。(3)中介不履行约定义务。如中介不协助办理过户手续,不协助办理贷款,不及时转交房款等。

上述投诉原因,从多个侧面反映我国《合同法》在第23章中所明确的居间人如实报告、促成交易的义务,在房产中介中并未得到很好的尊重和履行,未来之路任重道远。

值得指出的是,为房产中介敲响警钟的“李彦东诉上海汉宇房地产顾问有限公司居间合同纠纷案”(刊于《最高人民法院公报》2015年第2期),其所给出的裁判规则,即“在房屋买卖居间合同中,中介公司(居间人)对于受托事项及居间服务应承担符合专业主体要求的注意义务,注重审查核实与交易相关的主体身份、房屋权属、委托代理、信用资信等证明材料的真实性。中介公司因未尽必要的注意义务而未能发现一方提供的相关材料存在重大瑕疵、缺陷,由此使另一方受欺诈遭受损失的,应根据其过错程度在相应的范围内承担赔偿责任。”对于类似居间合同纠纷的解决具有指导意义,房产中介在合同管理过程中,应当将其视为行为准则。



张奎

上海普世律师事务所律师,上海市律师协会房地产业务研究委员会委员。业务方向:公司治理、房地产开发、风险投资

房屋买卖居间协议等格式合同,在制定时应当恪守公平原则和提醒、说明义务

随着上海的发展,土地资源日益稀缺,一手房供应越来越受到限制。二手房市场无论从交易数量、交易面积还是交易金额方面,都大大超过了一手房市场。上海市统计局于2016年2月5日发布的《2015年本市房地产市场综述》显示,上海存量住宅交易量超3千万平方米,远远超过新建住宅2千万平方米的销售面积,且市场化新建住宅网上可售面积下降。可见,二手房交易已经成为上海房地产市场交易的主要形式。

面对巨大的商机,房产中介为了简化缔约过程,提高交易效率,绝大多数会自行拟定好固定内容的合同。但笔者在执业过程中,接触到的房产中介拟定的格式居间合同,在权利义务的安排上难言公平,甚至没有以任何方式提醒对方,这些都使得这些房产中介在发生纠纷时可能面临不利局面。

基于对弱势一方的保护,《合同法》在第40条中规定“免除自身责任、加重对方责任、排除对方主要权利的格式条款无效”,在第41条确立了“不利于格式条款制作人的原则”。这些都提醒房产中介在制定格式合同时,应当慎重确定委托人的权利义务条款。

房屋买卖居间协议等格式合同,应当履行备案或修改的义务

为了规范合同中的格式条款,防止滥用格式条款获取不正当利益,保护消费者的合法权益,本市立法机关早于2000年即制定了《上海市合同格式条款监督条例》。按照该条例的规定,房屋的买卖、租赁及其居间、委托合同采用格式条款的,提供方应当将合同文本报市工商局备案。

市工商局在备案审查、日常监督检查、受理消费者申诉等过程中,若发现格式条款含有免除提供方“因违约依法应当承担的违约责任”,或者约定“违约金或者损害赔偿金超过合理数额”等内容,可以要求提供方修改。经备案的格式条款内容需变更的,应重新报送备案。此外,经备案及听证的格式条款,并不排除提供方因格式条款损害消费者权益应当承担的民事责任。

按照条例规定,市工商局对备案的格式条款,应当建立公开查阅制度。笔者在撰写此文时,曾试图查询购房者在上述新闻通气会上出示的那份《房地产买卖居间协议

(201502版)》是否履行备案手续,但遗憾的是,数次电话联系未果。在此,建议市工商局建立网上公开查询制度,同时在已备案的格式合同上加注备案信息,以方便消费者查阅和社会监督。

格式条款若含有上述违规内容,或者提供方违反备案规定,依照上海市工商局发布的行政处罚裁量基准,将面临警告、责令改正、罚款等行政处罚。与此同时,执法单位应当主动在本单位门户网站、“全国企业信用信息公示系统”等平台,公开前述行政处罚案件的处罚信息,公开期限为5年。

由此可见,本市对于格式条款的管制不可谓不严厉,建议房产中介对此予以足够重视。

房产中介负有订立合法有效合同的义务

上述调查报告显示,消费者与房产中介签约时,73.9%关注“合同是否完备”、46.7%关注“违约责任和相关条款”。尽管如此,买卖双方大多数缺乏订立完备合同的能力,通常采用的仍然是房产中介提供的格式合同或模板,且多数由中介人员代为执笔确定补充条款,这就要求房产中介必须遵守法定义务。

(一) 不得帮助客户做高或最低房价,变相突破住房信贷政策或逃避税费

出于促成交易的目的,不少房产中介会积极出谋划策,其中部分涉及骗取银行贷款或减少国家税收等行为。

例如,因买方资金不足,达不到贷款银行的首付比例要求,部分房产中介会提供一份补充协议约定买卖双方之间的真实房价,在提交房产交易中心备案登记的《上海市房地产买卖合同》则约定一个较高价格的合同,以期获得银行发放更多的房贷。

此外,由于房屋交易过程中所涉的契税、营业税、个人所得税,因普通住宅和非普通住宅的区别,而存在较大差异。在买方或卖方咨询如何减少税费时,部分房产中介亦会建议在备案登记的买卖合同中约定符合普通住宅标准的交易价格,并提供另一份补充协议,以“装修补偿款”等名义约定另一笔巨额款项,或者直接约定真实的房款。

上述阴阳合同的存在,既为买卖双方埋下纠纷的隐患,又损害了银行、国家的利益。按照《房地产经纪管理办法》等规定,“为交易当事人规避房屋交易税费等非法目的,就同一房屋签订不同交易价款的合同提供便利”,是房地产经纪机构和房地产经纪人员的禁止性行为。触犯这一红线

的,房地产主管部门应责令限期改正,记入信用档案;对经纪人员处以1万元罚款;对经纪机构,则取消网上签约资格,处以3万元罚款。由此可见,部分房产中介的风险隐患极大。

(二) 不得签署显失公平、约定过高违约责任的独家委托代理协议

在一线楼市房价飙升的背景之下,不少媒体在报道上海市房产中介消费者满意度调查结果的同时,还将矛头指向链家独家代理房源的问题,认为其涉嫌垄断房源,哄抬房价。

据了解,房产中介对于部分房源在办理独家委托时,通常会要求客户将房屋钥匙、产证交由其保管,并与客户签署《限时出售定金收付书》之类的协议。该协议一般会规定委托期限、委托房价款、房产中介向卖方支付的限时出售定金,并规定该房产中介系卖方待售房屋的唯一受托方,卖方承诺房产中介享有独家出售的权利、产权人本人或其他第三方均不得享有此权利;若卖方违反规定,则应双倍返还限时出售定金、房产中介向潜在买方代收的购房定金,并向房产中介支付相当于委托房价款2%的违约金。

尽管上述独家代理协议的内容,并不违反法律、行政法规的效力性强制规定,但卖方若因遭受欺诈、重大误解而订立或者在相订合同时显失公平的,则仍然可以请求法院或仲裁机构变更或撤销。

此外,根据《合同法》规定,一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失。若在约定的委托期限内,房产中介没有尽职尽责地提供、寻到合适的客源(甚至低于委托房价对外挂牌促销),卖方在没有利用原告提供的机会或信息的情况下,与第三方最终成交,则委托房价2%的违约金可能会过分高于房产中介的损失,将面临被法院或仲裁机构调整的风险,甚至可能向卖方承担违约责任。

房产中介在居间合同、买卖合同中,如实签名、盖章的义务

上述调查报告指出,由于消费者获得信息的渠道有限,在交易时相对中介处于劣势,因此调查显示,消费者与房产中介签约时也只能关注诸如经办人是否有经

人证书、中介机构的资质等一些形式上的内容。

然而,“房地产经纪人执业资格许可”的要求已于2014年被国务院取消,人社部和住建部目前仅对房地产经纪专业人员实行水平评价类执业资格制度。换言之,是否拥有经纪人证书,并不妨碍中介人员提供居间服务。

但需要指出的是,中介人员在居间合同、登记备案的买卖合同上签名,仍属于其应当遵守的义务。在实际居间过程中,居间合同上经纪人签章名实不符的现象,屡见不鲜,这给消费者的投诉无形中设置了障碍。

根据《房地产经纪管理办法》的规定,实际从事该业务的中介人员在房地产经纪服务合同上签名,属于其必须遵守的法律义务,否则将面临记入信用档案,个人和所在机构均处以罚款的行政法律责任。

此外,根据媒体的报道,市住建委于2月24日约谈“链家”公司相关负责人,表示已展开正式调查,即日起暂停链家公司涉事门店和相关经纪人员的网上签约资格。但与会消费者提供的《房地产买卖居间协议》落款处的居间方一栏,加盖的是“德佑房地产经纪有限公司”而非门店或分公司的印章,且链家等部分房产中介实际上已经设立专门的签约中心,不少门店并不负责网上签约工作。因此,暂停涉事门店往前资格的行政措施,缺乏有效的约束力。从另一层面分析,上海链家在格式合同上事先加盖好总公司的印章,尽管可以通过限制其一千多家门店(分公司)的民事权利以防范经营风险,但却造成一家门店违法,整个公司被暂停网上签约资格的巨大法律风险。

结语

上述调查报告显示,消费者对房产中介行业的总体满意度中,“不满意”高达52%，“满意”仅占11%,其余37%为“一般”。尴尬的是,在二手房时代,普通消费者对房产中介服务的需求是刚性的。由于房地产买卖涉及的标的额较大、专业性较强、法律法规较多,普通消费者不应轻信中介人员,而应做足功课,或者聘请专业律师参与交易过程,最大限度的避免纠纷滋生。

在房地产行业进入存量房流通时代,且私募基金不断杀入房产中介行业的背景之下,房产中介在急剧扩张的同时,应当尊法守法,将法律规定视为天条,通过名副其实的优质服务赢得客户的信赖,在激烈竞争的市场中获得生存和发展。

贸仲专栏

巴西仲裁法律制度的最新发展

■文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会商事仲裁研究中心

一、《修正案》的背景介绍

对 1996 年《法案》进行修订的必要性及适当性的讨论可以追溯到 2012 年。由于商事仲裁在当时已成为一种在巴西颇受青睐的争议解决方式，同时也为了使巴西的当事人能更好地适应国际贸易的新需求，国会议员 Renan Calheiros 提出在国会内成立由法律界人士组成的特别委员会（以下简称“特别委员会”），专门讨论对 1996 年《法案》进行改革的方案。2013 年 4 月，该特别委员会正式成立，由巴西最高法院法官 Luis Felipe Salomão 担任主席。

起初，由于 1996 年《法案》在过去的仲裁实践中得到了成功地适用，巴西仲裁界曾质疑对其进行修订的必要性。然而，当意识到改革终将不可避免时，巴西仲裁界转而针对修改 1996 年《法案》开展了持续而深远的讨论，不少政界人士和社会团体亦参与其中。

2013 年 12 月，巴西参议院宪法、司法及公民委员会（Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania）在提出修改意见的基础上，批准通过了由特别委员会起草的修改 1996 年《法案》的提案（以下简称“提案”）。巴西仲裁界高度赞扬该提案，认为其在保留了 1996 年《法案》的精髓的同时，为《法案》的革新提供了解决方案。

2014 年 2 月，特别委员会的提案被提交至巴西国会众议院审议。众议院的宪法、司法及公民委员会于 2015 年 3 月批准通过了提案的最终文本并发回参议院。众议院最终通过的版本中包含对提案的两方面修改，其中一方面，也是颇具争议的修改是限制通过仲裁的方式解决公共部门作为当事人或涉及公共部门的案件。提案发回参议院后，参议院认为众议院的上述修改是一种立法上的倒退，故而拒绝了上述修改。此后，众议院通过的提案被提交至总统批准，而总统办公室在否决了提案中的三个条款之后正式批准了提案。

自《巴西仲裁法案》（以下简称“1996 年《法案》”）于 1996 年颁布以来，巴西法律界见证了商事仲裁作为一种替代性争议解决机制在巴西的蓬勃发展。作为在巴西进行的国内仲裁及国际仲裁的准据法，1996 年《法案》的立法体例源自于联合国国际贸易法委员会 1985 年制定的《商事仲裁示范法》。在实施近 20 年后，1996 年《法案》的修正案（Law n. 13,129/2015，以下简称“《修正案》”）于 2015 年 5 月 26 日正式经国会通过，并已于 2015 年 7 月 27 日正式生效。《修正案》在保留了 1996 年《法案》的基本结构及精髓的情况下，对 1996 年《法案》的部分条款进行了修改，同时引入了部分创新机制，以呼应巴西仲裁实践中出现的最新作法。本文将对《修正案》的主要内容进行简要介绍。

二、对 1996 年《法案》的主要修订

《修正案》在以下几个方面对 1996 年《法案》做出了修订：

1. 通过立法条文明确授予行政机关可以通过仲裁的方式解决涉及其可处置的财产权益的纠纷

事实上，在《修正案》之前，巴西《特许经营法》（Concessions' Law）及《公私合作法》（Public-Private Partnerships' Law）中均已对此作出了相关规定，而且巴西最高法院亦已在作出的相关判决中对此进行了司法认定。尽管如此，在此规定正式写入仲裁法之前，仍有许多关于涉及行政机关的案件是否具备可仲裁性的争议。

2. 创立“仲裁书信”（carta arbitral）制度

“仲裁书信”是一种为便于仲裁庭与法院之间开展合作而设置的措施，其旨在确保法院将会执行仲裁庭在仲裁程序中作出的决定。在运用这种措施时，仲裁程序的保密特性仍需要被严格遵守。而有关“仲裁书信”的形式要求，则具体规定在新制定的《巴西民事诉讼法典》中。

3. 对临时措施及中间裁决进行特别规定

该规定对于仲裁庭拥有的权力，包括在仲裁程序启动后作出临时措施决定及中间裁决，以及对在仲裁程序启动前对由法院作出的相关中间裁决进行维持、修订甚至撤销的权力进行了确认。

4. 增加当事人选择仲裁员的自由

《修正案》赋予当事人可在经特定仲裁机构的有关部门同意的前提下，在该机构的仲裁员名单之外选任仲裁员的权利。该项规定充分保障了当事人根据自己的选择组成仲裁庭的自由。

5. 明确规定仲裁庭有权作出部分裁决

仲裁庭有权作出部分裁决已经成为仲裁实践中的统一认识，此外，《修正案》还规定仲裁员可以在与当事人协商一致的情况下，延长作出最终裁决的期限。

6. 关于仲裁时效的规定

《修正案》规定，仲裁程序的启动将中断仲裁时效，并溯及至当事人申请仲裁之时，即使此后该仲裁因缺乏管辖权而消灭。



7. 关于涉公司纠纷仲裁的特别规定

《修正案》对在公司章程中设置仲裁条款时应具备的最低法定人数进行了规定，以确保该仲裁条款能约束所有的股东。通过该规定，《修正案》旨在保障异议股东的权利，且该规定实质上亦修改了《巴西公司法》的有关规定。

小结

归纳而言，《修正案》对 1996 年《法案》的修订主要包括：(i) 将部分已经在仲裁实践中出现的作法通过立法的形式加以确认（如仲裁庭作出部分裁决及涉及行政部门可处置的财产权益的案的可仲裁性问题）；(ii) 对实践中有争议的条文进行了明确（如在公司章程中设置仲裁条款的问题）；以及 (iii) 创设了部分新制度（如“仲裁书信”）。尽管在部分巴西仲裁实务界人士看来，由于《修正案》更多地是对在仲裁实践中已经进行的作法通过立法的形式加以确认，其称不上对 1996 年《法案》的改革，但不可否认的是，巴西作为大陆法系国家，其通过立法的方式使仲裁实践中的作法合法化，本身就代表着其大力发展仲裁制度的雄心。



上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）设立于1988年，以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决商事争议。

上海国际仲裁中心受理案件除传统商事争议外，还涉及私募股权、互联网金融、融资租赁、航空服务、文化体育、能源与环境权益等新型案件。案件当事人遍及全国各地及世界上72个国家和地区，仲裁裁决依据《纽约公约》已在40余个国家和地区得到承认和执行。上海国际仲裁中心《仲裁员名册》共有仲裁员858名，分别来自61个国家和地区，其中中国内地仲裁员534名，占62.24%；外籍及港澳台地区仲裁员324名，占37.76%。

近年来，上海国际仲裁中心分别设立了中国（上海）自由贸易试验区仲裁院，上海国际航空仲裁院，金砖国家争议解决上海中心，中非联合仲裁上海中心及产权交易仲裁中心，为当事人提供更具针对性的专业调解、仲裁等争议解决服务。

上海国际仲裁中心始终坚持国际化和专业化的发展战略，服务中国（上海）自由贸易试验区及“一带一路”国家战略，助力上海国际经济、金融、贸易、航运中心及科创中心的建设。

示范仲裁条款

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交
上海国际经济贸易仲裁委员会/上海国际仲裁中心进行仲裁。”

www.shiac.org

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）

电话：86-21-63875588

传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org



上海仲裁委员会

Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法的规定》，由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式，独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律规定，当事人选择以仲裁方式解决争议，应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构，请在订立合同时采用如下仲裁协议条款：

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission’s arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.

地址：上海市威海路755号文新大厦23楼

电话：（8621）52920022

传真：（8621）22313917

邮政编码：200041

网址：www.accsh.org

Address: 23/F No. 755 Weihai Road Shanghai P.R.C.

Tel: 86 21 52920022

Fax: 86 21 22313917

Zipcode: 200041

Website: www.accsh.org



西藏羊卓雍措（蒋宏律师）